المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

9

المختصر الفقهي

مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[باب التحويز]

والمذهب: لغو التحويز في الحوز في هباتها إن قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب؛ جاز قبضه؛ إذ يقضى عليه بذلك إن منعه[1].

وقول ابن عبد السلام: يشترط إذن الواهب على القول الشاذ بعدم لزوم الهبة بالعقد هو مفهوم تعليلها.

وقوله: ولا يبعد تخريجه على المشهور من افتقاره في الرهن؛ لإذن الراهن يرد بقوة بقاء ملك الراهن.

وشرط الحوز كونه في صحة المعطي وعقله، في عتقها الثاني، والحمالة، والهبات منها: ما أقر به المريض أنه فعله في صحته، فلم يقم عليه المقر لهم حتى مات أو مرض؛ فلا شيء لهم.

وإن كانت لهم بينة إلا العتق والكفالة إن قامت به بينة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من تصدقت بعبد أو غيره في صحتها، فذهب عقلها قبل حوزه؛ فحوزه باطل كموتها.

ابن رُشْد: هو كالمرض رجوع عقلها كصحتها، ومثله سمعه أَصْبَغ.

قُلتُ: لم يحك هو والباجي خلافًا في ذلك.

ورأيت لابن حارث ما نصه بعد ذكره هذا السماع: وقال سَحنون وابن عبد الحكم: يقضى عليه بدفع الصدقة، وهو كالصحيح.

ابن حارث: إن كانت حالته بما عرض له حالة مريض؛ لم يقض عليه بالدفع، وإلا قضي عليه.

---

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ رحمه الله حكم التحويز، وأن المذهب لغوه في حوز الهبة، ولم يعرف التحويز، ويؤخذ من كلامه وكلام غيره: أن التحويز هو تسليم العطيَّة أو الرهن من المعطي أو الراهن لمن ثبت له ذلك، وما ذكره من الحكم، وأن المذهب لغوه، وقد ذكروا في ذلك خلافًا، والصحيح أن الرهن يشترط فيه التحويز ولا يكفي الحوز بخلاف غيره.

قُلتُ: هذا هو قول سَحنون، وابن عبد الحَكم.

وفي السماع المذكور: لا يحاص بها الورثة أهل الوصايا كما يحاصوا بالوصيَّة لوارث.

ابن رُشْد: لأنه لم يرد كونها من الثلث، وفي الوصيَّة: للوارث إرادة.

وفي دخول الوصايا **فيها** سماع عيسى ابن القاسم في الوصايا، وهذا السماع مع الموطأ، ورواية ابن وَهْب بناء على ترجيح دلالة عدم تحويزه في صحته على علمه ببقائها على دلالة تحويزه في مرضه على إتمام فعل صحته؛ ليكون من رأس ماله أو العكس، وإحاطة الدين بماله قبل العطيَّة يبطلها اتفاقًا كما مر.

وفي كون إحاطته بعدها قبل حوزها كذلك، وصحة حوزها حينئذٍ نقلا الباجي عن الأخوين وأَصْبَغ قال: بناء على اعتبار يوم الحوز أو العقد.

ولو نازع كبيرًا حاز عطيَّة من له دين على معطيها، وجهل كونه قبلها؛ لم يردها.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

ولو نازع في عطيَّة صغير حوزها حوز الأب إياها، وجهل كونه قبلها، ففي صحتها وتقديم الدين عليها قولا أَصْبَغ مع الأخوين وابن القاسم فيها، وصوبه ابن رُشْد وقال: في اعتبار تاريخ أحدهما مع خلو الآخر عنه ولغوه قولا مالك مع أصحابه غير المغيرة وابن القاسم معه، فعلى هذا في تقديم العطيَّة على الدين مطلقًا، أو ما لم يؤرخ الدين، فيقدم عليها، ثالثها: الدين مقدم مطلقًا، ورابعها: ما لم تؤرخ الصدقة فتقدم، ويتخرج في الصدقة على الكبير تقديمها مطلقًا، وتقديمها ما لم يؤرخ الدين فيقدم.

وفيها: إن تأخر الحوز لموت الواهب؛ لخصومته بإنكاره إياها قضي بها إن عدلت بينة الموهوب له.

الباجي: قاله مُطَرِّف وأَصْبَغ، وقال ابن الماجِشُون: تبطل.

ولابن القاسم: إن وقف القاضي العطيَّة؛ لينظر في حجتها؛ قضي بها.

أشهب: إن منعها من الواهب، فرفع حكمه عنها؛ قضى بما يثبت عنده كما يقضي

به في حياته، وإن لم يمنعه منها؛ بطلت.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة عزوها بين، وعزا عياض الأولين لمالك.

وفيها مع غيرها: العارية والقرض كالهبة في الحوز والحبس تقدم، وما حيز في مرض موت معطيه في بطلانه وصحة ثلثه للمعطى، ثالثها: جميعه من الثلث لها مع سماع عيسى ابن القاسم: في الجنون، والباجي مع اللخمي عن أشهب، وتخريجه من قولها: يقوم على المريض في ثلثه؛ لعتقه حظه في صحته، ويرد بتشوف الشرع للحريَّة، ولم يحك ابن رُشْد فيه خلافًا.

وتبع ابن عبد السلام الصقلي في قبوله قول محمد إثر نقله قول أشهب يعني: أنه لم يدع غيرها مع أن في كلامه، ولا أرى قول من قال بحوز جميعها من الثلث، ولا قول من قال: يبطل جميعها.

محمد: أظن جوابه: أنه لم يدع غيرها؛ فلذا قال: ثلثها.

وقول محمد هذا وقبوله وهم لقول أشهب: ولا أرى قول من قال: تجوز كلها من الثلث.

الباجي: إذا حجر على المفلس؛ بطل حوز عطيته في ملائه.

قال أَصْبَغ في العتبيَّة: إن زادت قيمة العبد الموهوب على الدين إن بيع جميعه، وإن بيع بقدره قصر عنه للتبعيض بيع جميعه، وما فضل عن الدين للواهب لا للموهوب له، كما لو استحق؛ لأن الغرماء استحقوه.

الشَّيخ: لو ثبت رهن أو هبة في الصحة، ووجد ذلك بيد حائزه بعد موت ربه، ففي قبول قول حائزه إن حازه في صحة ربه قولا أَصْبَغ مع مُطَرِّف وابن حبيب مع ابن الماجِشُون.

قُلتُ: وقيل بالأول في الهبة، وبالثاني في الرهن.

وفي نوازل ابن الحاج قولا مُطَرِّف وابن الماجِشُون قائمان من المدَوَّنة، وبقاء تصرف المعطي في العطيَّة لنفسه يمنع حوزها الحكمي كالحسي حصّل ابن رُشْد مسألةً أطال أَصْبَغ في نوازله كلامه فيها بقوله: الأب في الأرض يتصدق بها على ابنه الصغير؛

محمول على أن تعميره إياها لولده حتى يثبت أنه لنفسه على حال ما كان يفعله قبل الصدقة.

"وفي الدار يتصدق بها عليه"؛ محمول على أنه كان يسكنها، أو يشغلها بمتاعه وحشمه حتى يثبت إخلاؤه إياها، وأنه لم يكن قبل يسكنها ولا يشغلها.

زاد ابن عات في أحكام ابن زياد: لأبي صالح وابن لبابة وابن وليد: من تصدق على ابنته البكر بنصف دار إلى ناحية بعينها على السواء أن على من ادعى أنها كانت معروفة لسكنى الأب البينة على ذلك؛ قال أبو صالح: هذا قول سلفنا، وقاله سعد بن معاذ، وهو خلاف قول ابن رُشْد.

قُلتُ: هو من كلام ابن سهل: إن لم يأت مدعي سكنى الأب إلا بشاهد واحد؛ حلفت مع شاهدها على الصدقة، وقاله يحيى بن عبد العزيز.

قُلتُ: في هذا نظر، والصوابُ: أن يحلف مدعي السكنى مع شاهده، وتبطل الصدقة؛ لأنها دعوى في مال قام بها شاهد واحد. فتأمله.

وفي صحة حوز أحد الزوجين يعطي أحدهما الآخرَ دار سكناهما بسكناهما معًا، ثالثها: في هبة الزوج لابن زرقون عن رواية ابن القاسم، وابن بطال عن رواية أشهب، وسماع عيسى ابن القاسم.

ولم يحك ابن رُشْد والباجي غيره.

ابن سهل: خاض أهل مجلس ابن زَرْب في صحة حوز الزوجة دارًا تصدق بها عليها زوجها بسكناها إياها معه فقال جلهم: هو حوز، فأنكره عليهم ابن زَرْب لوجوب السكنى على الزوج قالوا له: فما تقول؟ فقال: هي مشتبهة، ولم يفصل فيها بشيء، وتوقف عن جوابها.

قال ابن سهل: كذا وقعت فيما جمع من مسائل ابن زَرْب، وفيه قوة الدليل على عدم الاجتهاد؛ لعزوب هذه عندهم مع نصها في سمَاع عيسى، فينبغي أن لا يغفل عن درس المسائل فآفة العلم النسيان.

وحكي لنا عن أبي عمر الإشبيلي: أنه كان يقول: لا يبقى مع الحافظ آخر عمره إلا

معرفة مواضع المسائل، وما هي إلا منزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة في العلم، ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا أنه طلب باب الحضانة في طلاق السنة، فلم يزل يقلب ورقة ورقة حتى لآخره، فلم يجد شيئًا، فرمى بالكتاب في محراب مسجده، وهذا هو الموجود في وقتنا.

الباجي: روى ابن القاسم في الموازيَّة والعتبيَّة: من تصدق على زوجته بخادم معهما في البيت تخدمهما بحال ما كانت؛ فهو جائز.

قال محمد عن ابن القاسم وابن عبد الحَكم: وكذا متاع البيت وبه أقول.

وروى أشهب في الكتابين: أن هذا إلى الضعف، وما هو ببين.

وكذا هبتها إياه خادمًا أو متاعًا بالبيت أقام بأيديهما؛ هو ضعيف.

ابن زرقون: في صحة حوز الزوجة الصدقة والرهن من زوجها على هذا الوجه، ثالثها: في الصدقة لسَحنون قائلاً: ذلك في الرهن، فأحرى الصدقة.

وسماع ابن القاسم في كتاب الرهن مع سماع أشهب، وسماع أَصْبَغ ابن القاسم في الرهن وكذا في حوز الزوج إياهما منها لرواية أشهب؛ لأن أيديهما معًا على الخادم.

والأظهر الفرق بين كونها واهبةً، أو راهنةً، أو وهبها أو رهنها؛ لاتفاقهم أن القول قول الزوج في اختلافهم في متاع البيت مما يكون للرجال والنساء.

وقد قيل: القول قوله فيما يعرف للنساء، وأنه لا يد لها معه.

قُلتُ: كله كلام ابن رُشْد في البيان.

الباجي: وأما ما يستعمل منفردًا، فسمع أشهب: نحلة الأم ابنها الصغير عبد خراج ماتت قبل حوزه الأب باطلة.

ولو كان عبد خدمة يختلف معه، ويقوم في حوائجه كان حوزًا.

و كذا نحلة الأب إياه اختلافه معه، وخدمته له حوز، وإن خدم الأب مع الغلام إلى موت الأب.

قُلتُ: كذا نقل ابن زرقون بلفظ: وإن خدم الأب مع الغلام، فظاهره: أنه لا يضر خدمته الأب مع خدمته الولد.

ولفظها في العتبيَّة: وكذا الرجل ينحل ولده الغلام يكون معه يخدمه، ويختلف معه للكتاب، وهو في ذلك مع أبيه، فيكون ذلك له حوزًا وله حائزًا.

ابن رُشْد في الموازيَّة بإثر المسألة: قال ابن القاسم وأشهب: إن لم تكن الأم وصيًا؛ فليست حيازتها حيازة بحال، فلم يراع في السماع كون العبد مع الأم في منزل واحد، ورأى الصبي هو الحائز له باختدامه إياه، وراعاه ابن القاسم وأشهب، وغلباه على اختدام الصبي إياه، فجعلاها الحائزة دونه، فلم يجيزا حيازتها له إلا أن تكون وصيًا، وهو الأظهر؛ لأنه إنما يختدمه، ويتصرف له بأمرها ونظرها.

ولو كان كبيرًا سفيهًا؛ كان قول مالك في السماع أظهر؛ لأن يدها مع السفيه الكبير أضعف منها مع الصغير، ولو انفرد الصغير بالسكنى عن الأم؛ كان حائزًا له باختدامه قولاً واحدًا، وكذا لو انفرد الكبير.

ولو كان الأب ساكنًا مع الأم؛ كان هو الحائز باتفاق.

قُلتُ: هذا على صحة قبض الصغير لنفسه، وتقدم في صحة حوز السفيه نقلا المتيطي عن محمد مع سَحنون ومُطَرِّف والباجي في وثائقه.

وللمتيطي في أثناء فصول الصدقات والهبات في مسائل ابن القاسم: ابن الكاتب: حوز الصغير الذي يعقل أمره ما وهب له؛ جائز.

وقاله اللؤلؤي في مسائل الشعبي.

ولو حوز الأب صدقته على ابنه الصغير أجنبيًا، ففي صحة حوزه له قولا محمد وأشهب مع ابن القاسم.

ورجوع العطيَّة لربها بعد حوزها منه عن قرب يبطلها:

الباجي عن ابن حبيب: اتفق عليه أصحابنا.

ابن سهل: سأل ابن دحون القاضي ابن زَرْب عمن وَهْب دارًا ثم أعمر فيها واهبها بعد مدة يسيرة لا تكون حيازة، فأراد رد العمرى خوف بطلان هبته، فأطرق حينًا، ثم قال: إن كان ممن يرى أنه يجهل بطلان هبته بذلك؛ فله ذلك، وإلا فلا.

قال: والمسائل إنما هي بتكرار درسها. شاهدت اللؤلؤي أفتى في استبراء امرأة

فاسدة باستبرائها بحيضه؛ فقلت له بعد ذهاب السائل: إنما استبراء الحرائر بثلاث، فرد السائل، ومحى جوابه، وأجاب بالصواب.

وقال في وصيَّة بخدمة فتى لزوجته: فإن شاح الورثة في خدمته؛ فهو حر، فقلت له: هذا لا يجوز، فأتيته بالرواية فيه فتذكرها، وأصلح ذلك، فقال له ابن جني: هذا عجيب مثل اللؤلؤي يغلط في مثل هذا، فقال له القاضي: لو تركت الدرس عامين نسيت ما هو أقرب من هذا، فكيف بشيخ بعد عهده بالدرس.

قُلتُ: إبطاله العمرى بجهل الموهوب له بطلان هبته بها، فيه نظر.

والأظهر نزعها من يد الواهب، وإكراؤها من غيره تبرع؛ لإتمام الحوز في الهبة كقولها في مدبر الذمي: يسلم أنه ينزع من يده، ويؤاجر عليه، وكذا أم ولده في أحد قولي مالك، ولا يبطل ذلك الحوز للموهوب له كمؤاجرة الرهن لراهنه مع صحة حوزه فتأمله.

ويؤخذ من قوله: لو تركت الدرس عامين أنه ينبغي لمن يلي الفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة في العام، وكذا كنت أفهم ممن ذكر لي عن بعض شُيُوخنا.

وفي بطلانها بموت المعطي وهي في حوزه برجوعها إليه اختيارًا بعد مدة طويلة نقلا الباجي عن الأخوين، ورواية محمد عن أصحاب مالك.

زاد الصقلي عن الأخوين: وكذا لو كتب المعطي كتابًا أنه أسكنه إياها أو أكراها منه مدة بعد أن حازها المعطي زمانًا طويلاً، فلم يسكنها المعطي حتى مات؛ فهي باطلة كما لو سكنها.

قُلتُ: ظاهره: ولو كان المعطي ساكنًا بها، والأظهر تقييده بعدم سكناها إياها والمدة الطويلة.

قال الباجي: وروى محمد عن مالك وأصحابه: هي سنة.

قُلتُ: وفي سماع عيسى في رسم استأذن السنتان أو السنة، وفي رسم أوصى السنة أو ما أشبهها، وقول ابن عبد السلام: وربما وقع في بعض الروايات: سنتان ظاهره أنه وقع مستقلاً، ولا أعرفه إلا مقرونًا بقوله: أو سنة حسبما تقدم.

الباجي: ولغو الرجوع بعد طول مدة الحيازة؛ إنما هو فيمن يحوز لنفسه، ولو كان صغيرًا؛ حاز عليه الأب أو غيره، ثم رجع الأب إليها قبل حوز الولد لنفسه بكبره سنة؛ لبطلت.

محمد: اتفاقًا.

الباجي عن محمد: لو اختفى الواهب؛ لخوفه عند من وهبه دارًا، فمات بها أو أضافه، فمات بها؛ لم يبطل حوزها.

قال: وزاد ابن حبيب عن الأخوين: ولو كان بعد حوز الموهوب له بيوم.

قُلتُ: قال ابن حارث: اتفاقًا.

قال: وكذلك الزيارة.

ومن باع ما وهبه قبل حوزه الموهوب له، ففي مضيه، ورده للموهوب له إن لم يمت الواهب، ثالثها: إن علم الموهوب، ولم يحز حتى بيع نفد، والثمن له.

وإن لم يعلم والمبيع للموهوب له ما لم يمت الواهب.

الباجي عن ابن القاسم مع أشهب، وأبي زيد عن ابن القاسم ومالك فيها.

وعلى الأول في كون الثمن للبائع أو للموهوب له قولا ابن عبد الحَكم مع أشهب ومُطَرِّف: إن كان الواهب حيًا.

وعلى الثاني قال ابن القاسم: إنما يرد إن كان المعطى معينًا؛ لأنه يقضي له به، وإلا فلا لعدم القضاء به ككونه للسبيل.

الباجي عن مُطَرِّف: ولو كان المعطى غائبًا فقدم والواهب حي؛ خير في رد البيع وأخذ الثمن، ورواه ابن حبيب و العُتْبِيّ عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: في رسم الوصايا من سماع أَصْبَغ في كون المبتاع أحق من الموهوب له بالمبيع وعكسه: إن لم يفرط الموهوب له في حوزه، فإن فرط؛ فله الثمن.

ثالثها: وإن فرط؛ فلا شيء له.

ورابعها: إن لم يمض وقت يمكن فيه الحوز؛ فهو أحق بالمبيع، وإلا فله الثمن.

وخامسها: وإلا فلا شيء له لأشهب فيها، ولها، وهذا السماع والأخيران مخرجان

على قولي المخزومي في العتق.

الصقلي: لو علم الموهوب له، فغافضه الواهب بالبيع؛ فله نقض البيع.

ابن فتوح: إن ادعى عليه العلم؛ حلف، فإن نكل؛ حلف المبتاع وتم البيع.

ولو ادعى المبتاع فيما ثبت من الصدقة مدفعًا وعجز عنه؛ فلا رجوع له على البائع بشيء من الثمن لإقراره أنه إنما باعه ملكه، والمتصدق عليه ظلمه.

قُلتُ: في هذا الأصل اختلاف مذكور في إقرار المستحق من يده ما ابتاعه لصحة ملك بائعه، ولو أعطى ما وهب قبل حوزه الموهوب له، وحازه الثاني، ففي رده للأول ومضيه للثاني، ثالثها: إن فرط في الحوز؛ فالثاني أحق وإلا فالأول أحق به أو بقيمته إن فات للباجي عن ابن القاسم، ومحمد مع الغير فيها، وأَصْبَغ في العتبيَّة.

ابن رُشْد: في كون الأول أحق، ولو فرط حتى قبض الثاني أو الثاني إن قبض، ولو لم يفرط الأول، ثالثها: الفرق بين أن يعلم، فيفرط أو لا يعلم، ورابعها: الفرق بين مضي وقت يمكنه فيه القبض إن علم، أو لا يمضي ما يمكن فيه ذلك لظاهر قولي ابن القاسم وأشهب فيها، ولم يعز الأخيرين لدلالة متقدم كلامه على أنهما لأَصْبَغ والمغيرة.

ولو أعتق الأمة أو أولدها معطيها قبل حوزها المعطى، ففي مضي فعله، ورد عتقه وعزمه القيمة في الإيلاد نقلا الباجي عن ابن القاسم وابن وَهْب.

ابن رُشْد: في سماع محمد بن خالد في كون العتق أحق مطلقًا، ولو لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة أو الصدقة مطلقًا، ثالثها: إن مضى وقت يمكن فيه الحوز لو علم بالصدقة لرواية ابن القاسم، وسماع عبد الملك محتملًا كونه من ابن القاسم أو ابن وَهْب والمغيرة، ورابعها: ما اخترته من أن الصدقة أحق إلا أن يفرط المتصدق عليه في الحوز.

قال: ولو أحبل الأمة من تصدق بها قبل حوزها عنه؛ كان كعتقه إياها على أن الصدقة أحق من العتق يكون للمتصدق عليه أخذها، وقيمة ولدها أو قيمتها يوم أحبلها دون قيمة ولدها على اختلاف قول مالك في ذلك، وعلى أن العتق أحق تكون أم ولد لمن تصدق بها.

وفي غرمه قيمتها سماع عبد الملك ابن وَهْب مع قوله في هذا السماع: لعل ذلك أن يكون.

وسماع أَصْبَغ ابن القاسم مع قوله: أنه كالعتق، والصحيح الأول؛ لأنه أفاتها بما له فيه استمتاع.

قال في سماع أَصْبَغ: والتدبير لأجل والكتابة والعتق كالإيلاد، سواء قيل: الصدقة أحق وقيل: العكس، ولا شيء للمتصدق عليه، وقيل: له القيمة، ويدخل فيه القولان بالتفريق بين تفريط المتصدق عليه، وعدم تفريطه، وبين مضي مدة ما يمكن فيه الحوز وعدمه.

ولو قتل العبد واهبه غرم قيمته اتفاقًا.

ولو قال: نصف عبدي صدقة على فلان ونصفه حر، ففي تقديم الصدقة عليه وعتق جميعه دون تقويم قولا ابن القاسم في سماع يحيى راجعًا للثاني.

وعلى الأول في غرمه نصف قيمته، أو قيمة نصفه قولان لسماع عبد الملك ابن القاسم، مع الآتي على أصل المذهب، وسماعه يحيى، مع قولها في الجنايات، والغير في أمهات الأولاد منها: ولو بدأ بالعتق قبل الصدقة؛ فلابن القاسم في سماع يحيى: يعتق دون تقويم.

ابن رُشْد: هذا القول بالسراية، وعلى المشهور يقوم عليه، قال: ففي بطلان الصدقة مطلقًا، وتقويمها، ثالثها: إن تقدم العتق كل هذا على وجوب العتق والصدقة بنفس تمام اللفظ على قولها في: أنت طالق ثلاثًا، وأنت علي كظهر أمي أن الظهار لا يلزمه، وعلى أنهما لا يجبان بنفس تمامه؛ بل بسكوته سكوتًا يستقران به، وهو الصحيح على ما في الأيمان بالطلاق منها في القائل قبل البناء: أنت طالق أنت طالق أنت طالق أنها ثلاث إلا أن يريد التأكيد، فسواء قدم العتق أو أخره يلزمه تقويم الصدقة وهبة المغصوب جائزة بخلاف بيعه.

اللخمي: إن قبض الموهوب له في حياة الواهب؛ صح، وإن لم يأخذه حتى فلس أو مات، ففي بطلانها قولا ابن القاسم ومحمد مع أشهب قائلاً: ليس فيها حوز

غير هذا.

محمد: لأن الغاصب ضامن؛ فهو كدين.

اللخمي: الأول أحسن؛ لأنه إنما وهبه نفس المغصوب لا قيمته.

وعزا الصقلي لسَحنون مثل قول محمد قال: وأنكره يحيى.

وفيها: قول المودع في هبته الوديعة: قبلت، حوز.

ولو كانت ببلد آخر، ولو تأخر قبوله لموت واهبها، ففي بطلانها وصحتها قولا ابن القاسم وغيره فيها، وهو في الموازيَّة لأشهب.

الباجي والصقلي عنه: إلا أن يقول: لا أقبل.

الباجي عن محمد: وهو أحب إلي؛ لأنها بيد المعطى، فتأخر القبول لا يمنع صحتها كمن وهبته هبة، فلم يقل: قبلت، وقبضها لينظر رأيه، فمات المعطي فهي ماضية إن رضيها، وله ردها.

وكمن بعث بهبته لرجل وأشهد، فلم يصل حتى مات المعطي؛ فله قبولها، وتكون من رأس ماله وله ردها.

ابن الحاجب: وفي هبة المودع: لم يقل: قبلت حتى مات الواهب قولان، وكذا من وَهْب له، فقبض ليتروى ثم مات الواهب، ونحوه لابن شاس.

فظاهره: دخول القولين في مسألة التروي، وظاهره سياقها.

الباجي عن محمد: محتجًا بها على ترجيح قول أشهب الاتفاق على صحة قبوله بعد الموت في مسألة التروي.

وفيها: من وَهْب دينًا له عليك؛ فقولك: قبلت قبض، وإذا قبلت سقط، وإن قلت: لا أقبل بقي الدين بحاله.

قُلتُ: مفهوم قوله أولاً: قولك: قبلت مناف لمفهوم قوله أخيرًا.

إن قلت: لا أقبل؛ بقي الدين بحاله في حالة السكوت.

ولما ذكر ابن رُشْد قولي ابن القاسم وأشهب في رسم الوصيَّة من سماع القرينين.

وعزا لسَحنون قول أشهب قال: وإن مات المتصدق قبل علم المتصدق عليه،

فقول مالك في هذا السماع: أن ذلك جائز له إن كان أمره على وجه الإنفاذ، وأشهد من يرى أنهم يبلغونه ذلك شذوذ؛ لأنه يقتضي أن هبة المال لا تفتقر لقبول، وتجب بنفس الهبة حتى لو مات الموهوب له قبل علمه ورثت عنه ولم يكن لوارثه ردها إلا على وجه الهبة إن قبل ذلك الواهب، وهو بعيد إنما يصح ذلك في الحريَّة إذا قال لعبده: وهبت لك نفسك؛ فهو حر، وإن لم يقبل قاله في العتق منها.

ولو لم يعلم الموهوب له بالهبة حتى مات الواهب؛ بطلت الهبة اتفاقًا؛ لافتقارها للحوز إلا على هذا السماع الشاذ.

ومن وهب شيئًا لغائب، وجعله له على يدي من يحوزه له؛ صح.

ولو لم يعلم حتى مات الواهب بخلاف ما إذا كان الموهوب بيد الموهوب له الغائب؛ لأنه إذا كان بيده بإذن الواهب، فكأنه في يد الواهب حتى يعلم بالهبة، فيكون بعلمه بها حائزًا لنفسه.

واختلف في الوصيَّة قيل: تجب للموصى له بموت الموصي مع القبول بعد الموت وهو المشهور، وقيل: بموت الموصي دون القبول؛ فعليه إن مات الموصى له بعد موت الموصي قبل علمه، وجبت الوصيَّة لورثته، ولو لم يكن لهم تركها إلا هبة لورثة الموصي.

وسمع عيسى ابن القاسم: من تصدقت عليه امرأته بمهرها، وكان لها به كتاب، ثم سخط فرد عليها الكتاب بعد أيام، فقبلت بشهود، ثم مات؛ لا شيء لها في المهر كصدقة لها لم تقبضها.

ومن وهب وديعة لغير مودعها، ولم يأمره بحوزها له، ففي صحة حوزها له بمجرد كونها بيده، أو بشرط علمه بالصدقة بها، ثالثها: بعلمه ورضاه بالحيازة لابن رُشْد في رسم العشور من سماع عيسى عن المدَوَّنة، وابن القاسم في نوازل سَحنون مع سماعه إياه في كتاب الوديعة، والتخريج على رهن فضلة الرهن إلا أن يفرق بقوة حوز الرهن، وإنما يصح حوزه على الأولين إن قبل الموهوب له في حياة الواهب.

ولو لم يعلم قبوله حتى مات؛ فلا شيء له، ولا شيء على المودع في ردها لربها قبل قول الموهوب له وعلمه بها إن كان غائبًا.

وإن كان حاضرًا؛ صح حوز المودع له، وإن مات الواهب قبل قوله.

وفي سماع سَحنون: لو دفعها المودع بعد علمه بالصدقة لربها؛ ضمنها للمتصدق عليه.

الباجي: وسمع عيسى ابن القاسم: من تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب لوكيله يدفعها إليه، فأعطاه خمسين ومات المعطي؛ أنه لا شيء له غير ما قبض، وقاله مُطَرِّف.

ابن حبيب وأَصْبَغ: والفرق أن الوكيل نائب عن المعطي.

وفي الموازيَّة في الوديعة: إن جمع بينهما وأشهد؛ صحت.

وكذا لو قال المعطي: دعها لي بيدك.

قُلتُ: مفهوم قوله: وجمع بينهما، كالمخالف لما في سماع سَحنون: ولم يأمره بحوزها له.

وقول ابن عبد السلام: في فرق الباجي نظر، يرد بأن للوكيل تصرف فيما بيده للواهب زائدًا على مجرد حفظه، فأشبهت يده يد الواهب والمودع إنما له مجرد الحفظح فلا قياس شبه يلحقه بالواهب.

ولو وهب نصف الوديعة، ورضي المودع بحوزه له، ففي صحته كالكل، وبطلانه لبقاء يده للواهب في النصف الثاني، قولان لنقل اللخمي، وعزوه لابن الماجِشُون قال: والأول أحسن؛ لأنه أمين لهما، وفي صحة حوز مخدم عبدًا رقبته لمن وهبت بمجرد قبضه مطلقًا، أو بشرط كون الإخدام والهبة في عقد واحد قولها، ونقل غير واحد عن ابن الماجِشُون.

اللخمي: إن وَهْب الرقبة بعد انقضاء الخدمة؛ لم يكن قبضه حوزًا، ولو قتل؛ فقيمته لربه، وإن بتل الرقبة من الآن ونفقته على ربه؛ فكذلك.

وإن كانت على الموهوب له؛ فسدت الهبة.

وإن كانت على المخدم صار كالمغصوب لرفع يد الواهب عنه، فإن رضي المخدم بحوزه له؛ صح بخلاف ارتهان فضلة الرهن؛ لأن المرتهن حقه في الرهن، وثمنه

والمخدم حقه في منافعه.

وما لا نفقة فيه كالدار والثوب إن رضي معطي المنفعة حوزه له؛ صح، وإلا فلا.

قُلتُ: ففي صحة حوز المخدم عطيَّة الرقبة مطلقًا أو بشرط كون الإعطاءين في عقد. ثالثها: بشرط كون النفقة على المخدم، ورضاه بالحوز.

وفيما لا نفقة فيه بمجرد رضاه وعزوها واضح.

وفي نوازل سَحنون: من أعطى رجلًا غلة كرمه سنين معلومة أو سكنى داره كذلك، ثم تصدق بالرقبة على ابن له صغير، فقبض الرجل ذلك حوز للصغير، ولو لم يصرح الأب بجعله جائزًا له ، وتصريحه أحسن.

ابن رُشْد: إن كان ذلك في عقد واحد؛ فهو حوز اتفاقًا.

وإن تقدم الإسكان والإخدام في العبد؛ ففي كونه كذلك قولان لها، ولغيرها بناء على اقتضاء ذي المنفعة على ملك المتصدق عليه، أو على ملك المتصدق، وعليها لو جنى على العبد جناية في كون أرشها للمتصدق أو للمتصدق عليه.

والمستعير كالمخدم.

وقال التونسي: لم يشترط ابن القاسم علم المخدم والمستعير بالصدقة، كما شرط علم المودع؛ لأنهما إنما حازا الرقاب لمنافعها لو قالا: لا تحوز للموهوب لم يلتفت لقولهما إلا أن يبطلا ما لهما من المنافع، ولا يقدران على ذلك؛ لتقدم قبولهما، فصار علمهما غير مفيد، والمودع لو شاء قال: خذ ما أودعتني لا أحوزه لهذا.

وفيها: ليس قبض المرتهن قبضًا للموهوب له؛ لأن للمرتهن حقًا في الرقبة بخلاف المخدم.

ولو وهبته عبدًا أجرته من رجل؛ لم يكن حوز المستأجر حوزًا للموهوب إلا أن يسلم إليه الإجارة معه الصقلي والباجي عن أشهب قبض: المستأجر حوز كالمودع، ولم يقيد الصقلي قولها: إلا أن يسلم إليه الإجارة بين لوضوحه.

وقال عياض: قالوا: معناه: أن الإجارة لم تقبض، فاقتضاء الموهوب له الإجارة من المستأجر حيازة.

ولو قبض الواهب الإجارة، فسواء دفعها مع الرقبة، أو لا؛ لا تكون حوزًا.

ولابن رُشْد في سماع محمد بن خالد: لو باع المتصدق عليه الصدقة، فمات المتصدق قبل قبضها مبتاعها، فقال الأخوان وعيسى بن دينار وابن حبيب: البيع حوز.

وقال أَصْبَغ: ليس بحوز.

وفي العيوب منها دليل القولين.

قال مُطَرِّف: وكذا لو وهبه.

وقال ابن الماجِشُون: لا تكون الهبة حوزًا؛ لأنها تحتاج إلى حوز بخلاف البيع والعتق.

وقال أَصْبَغ: لا يكون حوزًا إلا العتق.

قُلتُ: عزا الباجي كون البيع حوزًا لرواية ابن وَهْب.

وفي الصدقة منها: من بعث بهديَّة أو صلة لغائب، فمات المعطي أو المعطى قبل وصولها، فإن كان أشهد حين بعث بها على إنفاذها؛ فهي للمبعوث إليه أو وارثه، وإن لم يشهد عليها حين بعث بها؛ فهي للباعث أو وارثه.

قُلتُ: في جعل هذا الإشهاد حوزًا للغائب مطلقًا، وإن كان ممن يحوز له الواهب، ثالثها: على أنه أشهد على إعطاء المال، ثم اشترى به الهديَّة للصقلي عن ظاهرها مع ابن رُشْد عنه مع سماع ابن القاسم، والصقلي عن يحيى عن ابن القاسم مع ابن رُشْد عن رواية علي بن زياد، والصقلي عن أصحابنا.

وعلل الصقلي الأول بغرر المعطي لغيبته.

وقال ابن رُشْد: لا إشكال في مسألة الرسول؛ لأنه حائز للمبعوث إليه.

الصقلي: قول الموازيَّة: إن لم يشهد بذلك إشهادًا؛ إنما كان بذكره للعدول عند الشراء أو غيره، فمن مات منهما أولاً؛ رجع لوارثه أبين من قولها؛ لأن العطيَّة لا تبطل بموت المعطي.

وفي باب آخر منها: إن مات الموهوب له قبل قبض الهبة؛ فلوارثه قبضها، وكذا السيد العبد إن مات قبل قبضه ما وهبه.

عياض: في الموازيَّة لأشهب: كقولها وقالوا: وهذا على غير أصله، ومذهبه المحقق أنه لا يعتبر موت الموهوب له، ووارثه مثله.

وفي الواضحة من مات منهما؛ رجعت لوارثه، وهذا هو الجاري على الأصل المتقدم.

عياض: لعل معنى قوله هنا: أن الباعث قال: إنما أردت بصلتي المبعوث إليه بعينه إن وجد حيًا فيصدق؛ إذ لا يلزمه من المعروف إلا ما أقر به.

وقول ابن الحاجب: المرسل بهديَّة يموت أحدهما قبل وصولها في المدَوَّنة ترجع للمهدي أو ورثته، وعلل بفوت الحوز أو بعدم القبول لا يخفى قصوره وإجماله؛ لأنه إن حمل على حالتي الإشهاد وعدمه؛ لم يصدق، وإن حمل على الثاني فقط؛ صدق، وكان إطلاقًا في محل التقييد وهو مغلطة.

وابن شاس: ذكر لفظ المدَوَّنة على وجه لا كإجمال ابن الحاجب.

وفي كون الإشهاد بإعطاء ما تسلفه المعطي من غيره أمرًا له بدفعه للمعطي حوزًا.

ولغوه قولا ابن القاسم وغيره في المديان منها: وصفة الإشهاد الذي جعله حوزًا.

روى أشهب: هو أن يكون أشهدهما إشهادًا.

الصقلي: وكذا روى ابن القاسم فيما اشتري من هدايا الحج لأهله: لا تنفع الشهادة حتى يشهدوا أنه أشهدهم.

قال: ولو قالوا: سمعناه يقول: هذا لامرأتي، وهذا لابني؛ لم ينفعه حتى يقولوا: أشهدنا على ذلك.

وروى محمد: لو أشهد الباعث أنها هديَّة لفلان، ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل أن يخرج؛ فليس له ذلك.

محمد: لو بعث بها مع رجلين أشهدهما إن قال: اشهدا علي؛ فهو على الإنفاذ.

ولابن عبد الحكم عن ابن القاسم: إن قال: ادفعا ذلك إليه، فإني وهبته؛ فهي شهادة، وإن لم يذكر بأي وجه؛ فليس بشيء.

قُلتُ: ففي لغو القبول في ملك المعطي العطيَّة؛ كالإرث وشرطه منه أو من وارثه.

ثالثها: منه فقط لابن رُشْد عن سماع ابن القاسم، فظاهر قولها في الصدقة، ونصه في هبتها مع معروف المذهب.

وفي كون البعث حوزًا للغائب مشروطًا بالإشهاد عليه، أو بمجرد التصريح للبينة بأنه هبة، قولان لروايتي ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن ابن القاسم.

وفيها: ما اشترى الرجل من هديَّة لأهله في سفره من كسوة ونحوها، فمات قبل وصوله لبلده إن أشهد على ذلك؛ فهو لمن اشتراه له، وإلا فهو ميراث، فذكر الصقلي فيه ما في هبة الباعث.

[باب في الحوز الفعلي في عطيَّة غير الابن]

وحقيقة الحوز في عطيَّة غير الابن رفع تصرف المعطي في العطيَّة تصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه كما مر في الحبس[1].

---

(1) قال الرَّصاع: تأمل قوله: (كما مر في الحبس)، والرسم الذي عرف به في الحبس ظاهره يخالفه، وتأمل ما قدمناه، ولعلنا لم نفهم عنه قوله: (رفع تصرف) الرفع مصدر يناسب مقولة الحوز؛ لأن فيه إزالة التصرف.

قوله: (العطية) يعم أنواع العطيَّة من حبس وعارية وهبة وصدقة وعمرى.

قوله: (بصرف) يتعلق برفع معناه بإزالة التمكن من التصرف، وعليه يعود ضمير منه، ويتعلق بالتمكن.

قوله: (للمعطى) متعلق بالصرف.

قوله: (أو نائبه) عطف على المعطى، والنائب هنا الوكيل أو الوصي هذا معنى الحوز العقلي الأعم من الهبة وغيرها، وتقدم رسم الحوز الحكمي، وما فيه من التسامح وإطلاقه يعم العطيَّة في جميع أنواعها، ولو قال في الحكمي رفع تصرف المعطي تقديرًا والعطيَّة بصرف التمكن منه له لولايته على المعطى لصح فيما يظهر؛ لأن الرفع فعلي وحكمي، وهو التقديري، وقال في حد حوز الحبس: رفع خاصيَّة تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن منه للمعطى أو نائبه، فهذا الرسم قد تقدم في حوز الحُبُس، وهو أخص من المحدود ضرورة أن الحوز المطلق في العطيَّة يعم الحبس كما أن حقيقة العطيَّة تعم الحبس، فإذا صح ذلك فالجاري على رسمه هنا أن يقول رفع تصرف الواقف في وقفه بصرف التمكن منه للموقوف عليه أو نائبه، وهذا معنى المخالفة التي أشرنا إليها. =

سمع عيسى ابن القاسم: دفع المتصدق بدار مفتاحها لمن تصدق بها عليه حوز ولو لم يسكنها.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وقال في آخر رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم: حوز الدار الحاضرة بالقبض أو القفل عليها ووكيله كنفسه.

وإن كانت غائبة؛ ففي كونها كذلك تبطل بموت المعطي، ولو لم يفرط في قبضها أو إن فرط. ثالثها: إن لم يخرج هو أو وكيله لحوزها قبل موت المعطي، ولو لم يفرط لها ولأشهب وغيره.

قُلتُ: عزا ابن حارث الثاني لابن الماجِشُون.

وزاد عن ابن حبيب: إن جهل هل فرط حمل على التفريط.

ابن رُشْد: إن أعطيت وقت إمكان عمارتها بحرث أو كراء أو شبهه؛ فهي كالدار حاضرة وغائبة، وإن كانت في وقت لا يمكن فيها ذلك؛ فقبول المعطي حوز إن مات معطيها قبل وقت حيازتها.

وقال مُطَرِّف وأَصْبَغ: إن حددها الشهود، وأوقفهم عليها؛ فهو أقوى، وإن لم يوقفهم؛ فهو حوز دون الأول، وإن لم يمت المعطي حتى أتى وقت حوزها، فلم يحزها بالعمل حتى مات معطيها؛ بطلت عطيتها.

قُلتُ: عزاه اللخمي لابن القاسم وقال: القياس ألا تبطل إلا أن يعود يد الواهب بحرز لها بحرث أو غيره.

والبستان كالدار يكفي فيه غلقه: ابن زرقون مع ابن رُشْد: تفريق ابن القاسم بين

(فإن قلت): قولكم إن حوز الحبس أخص من حوز العطيَّة فيه نظر بل بينهما عموم من وجه؛ لأن حوز الحبس أخص بتقييد الحُبُس، وأعم من الحكمي والفعلي والحوز الفعلي أخص للتقييد بالفعلي، وأعم من الحبس وغيره..

(قُلتُ): هذا صحيح إن كان المراد حد حوز الحبس، وتقدم أن كون المراد حد الحوز المطلق ينجي عن الإيراد.

الأرض والدار الغائبتين بإبطاله عطيَّة الدار بموت المعطي قبل قبضها معطاها، ولو لم يفرط وعدم بطلانها في الأرض بعد قبضها قبل موته إن لم يفرط، واكتفائه بالإشهاد فيها اختلاف قول ابن رُشْد، ورأيت ذلك لابن زَرْب.

والصدقة بالأرض الغائبة قبل وقت حوزها لا يضر التراخي في الخروج لحوزها إن خرج في وقت يصل فيه قرب إمكان حوزها بالعمل؛ لأنه لو وصل قبل إمكان حوزها؛ لاكتفى في حوزها بالقبول ما لم يأت وقت حوزها.

الباجي عن أَصْبَغ: إن منع المعطي من العمل؛ لم يبطل حوزه، ويبقى على حال طلبه بحيث يعلم أنه غير تارك للعمل، فإن ضعف عن العمل، وأمكنه الكراء أو السكنى فترك؛ بطل حوزه.

وإن عجز عن جميع ذلك؛ كفاه الإشهاد قاله يحيى عن ابن القاسم.

أَصْبَغ: ما لم ينتفع بها معطيها.

الباجي عن ابن الماجِشُون: حوز الابن يعطي بطلبه والإشهاد.

ولو قبضه بعد موت معطيه؛ لأنه لم يكن بيده كالدين.

وحوز وكيل المعطي على حوزه له حوز:

ابن حارث: اتفقوا أن حوز الزوج ما وهب لامرأته بتوكيلها إياه على قبضه حوز.

ولو حاز ذلك من غير توكيل ولا إذن؛ ففي صحته لها قولا ابن الماجِشُون وأَصْبَغ مع ابن القاسم: ومن تصدق بدار على رجلين أحدهما غائب؛ ففي كون قبض الحاضر حوزًا له قولان لابن القاسم فيها، وابن حارث عن عبد الملك.

وتحويز المعطي العطيَّة غير معطاها بحضرته مع منعه دفعها له إلا بإذنه يبطلها وإلا بعد موته وصيَّة.

ومع السكت فيها تصح. وفيها: تبطل.

عياض: قيل: اختلاف، وإليه نحا اللخمي.

وقيل: الأولى: العطيَّة كانت بيد معطيها فأخرجها، والثانية: إنما كانت بيد غاصب.

وفيها: حوز المشاع مما باقيه لغير المعطي بحلول معطاه محل المعطي، ورفع تصرفه فيه، وما باقيه له في شرطه برفع يد المعطي، وصحته بتصرفه مع المعطى كشريكين، ولا يضر استقلال معطيه به في أيام قسمه قولان للخمي عن سَحنون، ومحمد مع عياض عن ابن مزين قائلاً: هو قول ابن القاسم وعيسى.

والعطية هبة وصدقة: اللخمي: الهبة ما قصد به وجه المعطي في جواز رجوعها للواهب بغير إرث وكراهته، ثالثها: إن كانت برغبة من الموهوب له للخمي عن رواية محمد، ونقل القاضي عن المذهب، واختيار اللخمي.

[باب الاعتصار]

والاعتصار: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي(1).

[باب صيغة الاعتصار]

الصيغة: ما دل عليه لفظًا(2).

---

(1) قال الرَّصاع: قال: (ارتجاع)، ولم يقل: (رد)، وهو أخصر بل صير الجنس الارتجاع؛ لأنه أصرح من الرد وأقرب إلى العود في الصدقة، وفيه أنه مستثنى من العود في الهبة.
قوله: (دون عوض) أخرج به شراء الهبة.
قوله: (لا بطوع المعطى) أخرج به هبة المعطى للمعطي.
(فإن قلت): هل يقال بأن الحد غير مانع؛ لأنه يرد عليه الارتجاع في الصدقة، وهو ليس باعتصار؛ لأن العطيَّة أعم منها أو يقال نلتزم دخولها إلا أن الاعتصار صحيح وفاسد.
(قُلتُ): يمكن القول بالثاني؛ لأن الهبة شرط في صحة الاعتصار والرسم للأمر الأعم من الفاسد والصحيح، ولذا لم يقيد المعطى لا إن كان أبا أو غيره، وهذا يدل على قصد ما ذكرناه.
(2) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل عليه لفظا) أي: ما دل على الاعتصار لفظًا، وأطلق في الدلالة مطابقة أو التزامًا، وقد اختلف في الدلالة الالتزاميَّة هل تنفع في الاعتصار فعليه إذا وهب لابنه الصغير، ثم باع باسم نفسه ومات، فإن الثمن لابنه حتى يصرح بالاعتصار، وقيل بصحته بذلك البيع المستلزم له، وقد وقعت مسألة إذا وهب لابنه هبة، ثم محاهبته هل ذلك أشد من البيع أو هو كمسألة البيع، وقد وقعت وترددنا في ذلك، وظاهر ما دل عليه قوله: "لفظًا" أنه قاصر على اللفظ، ويدل على ذلك

وفي لغو الدلالة عليه التزامًا نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشوري، وابن ورد قال لبعض فقهاء الشوري: من شرط في هبة ابنه الصغير الاعتصار، ثم باعها باسم نفسه ومات، فثمنها للابن في ماله، وليس ذلك عصرة إلا أن يشهد عند بيعه أو قبله أن بيعه اعتصار، ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها، ولا يكون اعتصارًا لا بإشهاد، وفي الاستغناء رأيت لابن ورد ما ظاهره خلاف هذا قال: إن باع الأب مال ابنه ونسبه لنفسه، وأفصح بذلك والمبيع؛ لم يصر للابن من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها، فيختلف في ذلك.

والأظهر أنه بيع عداء يتعقبه حكم الاستحقاق.

قُلتُ: بالأول أفتى ابن الحاج في نوازله، والمذهب صحته للأب في هبته ابنه كبيرًا أو صغيرًا.

وفي كون الأم مثله مطلقًا، أو بشرط عدم حوز الأب الهبة قولان لمعروف المذهب، ونقل ابن حارث وغيره عن ابن الماجِشُون.

قال ابن رُشْد في نوازل ابن الماجِشُون: حوز الوصي والابن الكبير؛ كالأب.

وفي كون الجد والجدة كالأبوين أو الأجنبي؛ فلا يعتصر.

نقل الباجي رواية أشهب مع قول ابن عبد الحَكم ورواية ابن وَهْب، وعزا اللخمي الأول لرواية ابن القاسم.

قُلتُ: هو نص روايتها، ويمنعه رفع ملك الموهوب عن الهبة؛ كتلفها أو خروجها عن ملكه، ولو بغير عوض.

= أنه في رسم الصيغة في مواضع يرسمها بما يعم اللفظي: والعرفي، والفعلي، وهنا لما قيد ذلك باللفظي دل على الخصوصية.

(فإن قلت): ظاهر هذا الحد صحة الاعتصار من كل معط مع أنه خاص بالأب بشروطه، وبمن ألحق به.

(قُلتُ): تقدم ما يجاب عنه به قبل، والله الموفق.

وتغير حال ملكه بعارض معتبر:

سمع عيسى ابن القاسم: من نحل ابنته نحلة، فتزوجها رجل عليها، ثم طلقها أو مات عنها. وهي بيدها؛ لا اعتصار له فيها.

ونقل اللخمي: منع نكاح الابنة الاعتصار بأن النكاح لأجل الهبة كالنزاع.

وفي رسم باع من سماع عيسى: ممن نحل ابنه التاجر المالك ألف دينار ما قدره ثلاثون دينارًا، ثم تزوج وهو ممن لا يزوج لتلك النحلة فيما يرى الناس اعتصار تلك النحلة.

قُلتُ: وظاهر قوله: للأب اعتصار ما وهبه لولده الكبار ما لم ينكحوا، ومثله في الجلاب مثله خلاف ذلك.

وفي مانعية نكاح الابن مطلقًا ولغوه، ثالثها: لغوه إن لم يتزوج للهبة لقلتها أو كثرتها، وهو بين اليسار إلا أن تكون كثيرة، ولولا هي لم يتزوج لظاهرها مع الجلاب وغيره والصقلي، واللخمي، وابن رُشْد عن ابن دينار، واختيار اللخمي.

ابن رُشْد: إن نكح بغير سبب الهبة، ككونها يسيرة يعلم أنه لم يتزوج لأجلها، ففي لغو مانعيته قولان لأَصْبَغ مع ابن القاسم، ومُطَرِّف، وروايته، وقول ابن الماجِشُون.

والدين لأجلها مانع، وما ليس لأجلها قال فيه ابن رُشْد ما قال في النكاح عن قائليه فيه اللخمي عن محمد: إنما يمنع إن داينه الناس لأجلها، وأرى لغوه إن استدان، وله وفاء بدينه؛ لأن له هبة الهبة، إنما يمتنع الاعتصار إن تعلق للغريم حق، وكذا إن لم يكن عنده سوى الهبة، ثم اشترى سلعة تجر؛ لأنه موسر بها، ولو كان الدين بطعام يأكله، أو ثياب يلبسها منع الاعتصار.

الباجي عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: لو وهب ابنته المتزوجة، أو ابنه المريض أو المديان؛ لم يعتصر كما لو تقدمت الهبة هذه الحوادث.

وقال أَصْبَغ: له الاعتصار.

ابن رُشْد: اختار ابن حبيب قول ابن الماجِشُون.

وابن رُشْد وابن زرقون عن أَصْبَغ: زوال الدين لا يعيد الاعتصار.

وعزاه ابن رُشْد لابن القاسم.

وفي مانعية مرض الوالد أو الولد، ولغو مرض الوالد، والوقف في مرض الولد سماع عيسى ابن القاسم مع قول سَحنون، وابن رُشْد عن المشهور، ونقل محمد رواية أشهب، وثالثها: قول اللخمي: أرى وقف اعتصاره إن مات؛ سقط، وإن صح؛ ثبت.

اللخمي وابن رُشْد على قول ابن نافع: للسيد اعتصار مال مدبره، وأم ولده في مرضه للأب ذلك في مرضه.

ورده ابن عبد السلام بقوله: تسلط حق السيد على مال مدبره، وأم ولده أقوى منه على مال ولده، وإن كان وهبه له؛ لأن العبد غير مالك، وإما مالك على توقف.

والولد مالك حقيقة، وقدرة الأب على الاعتصار لا توجب ضعفًا في ملكه، ويرد بأن القياس؛ إنما هو في ملك الولد للهبة من قبل أبيه، وموجب قوة تسلط السيد عنده كون ملك العبد على ترقب.

وهذا المعنى موجود في ملك الولد هذه الهبة، فيجب استواؤهما في التسلط ضرورة.

ووجوب استواء الحكم في صورتي استواء علته فيهما، بقوله: وقدرة الأب إلى آخره دعوى دليل نقيضها قائم، فسقوطها واجب فتأمله.

والاعتصار من العبد أشد ضررًا عليه من الاعتصار على الولد؛ لأنه إن مات لم يرث العبد شيئًا مما اعتصر منه، والولد يرث منه.

وعلى مانعية المرض لو زال، ففي عود الاعتصار ثالثها: في زوال مرض المعتصر لابن رُشْد عن ابن القاسم مع مُطَرِّف، والمغيرة، وابن دينار، وأَصْبَغ مع ابن الماجِشُون وروايته وسَحنون.

ابن رُشْد: ولو قيل: توقف الاعتصار في المرض لصحته أو موته؛ لكان وجه القياس والنظر.

قُلتُ: تقدم جزم اللخمي به، والفرق بين زوال المرض، وبين زوال النكاح

والدين المتفق على بقاء مانعيتها: أن زوال المرض يصيره؛ كأنه لم يكن؛ لعدم بقاء أحكامه؛ لأن العطيَّة فيه من الثلث، فإن زال صارت من رأس المال، وزوال النكاح والدين ليس كذلك لبقاء أحكامهما من الحرمة والعهدة وغيرهما.

وتقدم عن الباجي حكم الهبة على هذه الأحوال.

وتغير الأسواق لغو، وظاهر قول ابن رُشْد واللخمي وغيرهما الاتفاق عليه، وصرح به عياض، وقال ابن حارث: اتفقوا على أنه إن كانت الهبة قائمة بعينها لم تتغير أن الاعتصار جائز.

وقول ابن عبد السلام لا يبعد تخريج الخلاف فيه حقه أن يبين الأصل الذي يتخرج منه الخلاف، وذكره دون تعيينه ساقطه نص متأخروا الأصوليين على أن القياس المنكر، وهو القياس على صورة غير معينة باطل، ومثلوه بقول المستدل: الزكاة واجبة في الحلي بالقياس على صورة من صور الوجوب، فيسقط بيسير معارضته مثله، وهو القياس على صورة من صور عدم الوجوب.

وللأصبهاني شارح العميري في ذلك كلام حسن ليس هذا موضعه.

وفي قوته بتغير الزيادة والنقص نقلا ابن رُشْد عن أَصْبَغ مع سَماع سَحنون ابن القاسم، وظاهر قولها: ما لم يحدثوا دينًا، أو ينكحوا أو تتغير عن حالها والأخوين.

وسمع سَحنون ابن القاسم: نحل الأب ابنه الدنانير، وجعلها على يدي غيره أو الابنة، ثم يصوغها له حليًا؛ بقيت اعتصارهما.

ابن رُشْد: إن صاغهما بمال للولد؛ فلا اعتصار اتفاقًا.

وإن صاغهما بمال نفسه أو منهما؛ تخرجا على الخلاف في تغير الهبة بنقص أو نماء غير ناشئ عن نفقة من مال الابن.

فإن نشأ عن ماله ككونه هزيلاً، فينفق عليه من ماله حتى يسمن أو دارًا فيصلحها ببناء؛ فلا اعتصار اتفاقًا.

اللخمي: غرس الأرض وبنائها فوت، وإن كانت دارًا، فانهدمت؛ لم يكن فوتًا.

ولو هدمها الأب أشبه كونه فوتًا؛ لأنه أخرج فيه ثمنًا إلا أن يعتصر

العرصة وحدها.

وفي الجلاب: خلط الولد الدنانير والدراهم، أو ماله مثل بمثله يمنع رجعة الأب فيه، ولا يكون للولد شريكًا بقدره.

وعزاه الباجي للقاضي، وأخذ بعضهم خلافه من قولها في المأذون: من ابتاع زيتًا، فصبه بمحضر بينة على زيت، ثم فلس؛ فالبائع أحق بقدر زيته، وهو كعين قائمة، وكذا خلط الدنانير.

اللخمي: لمالك في كتب المدنيين: لمن وَهْب جارية اعتصارها، ولم يبين هل ذلك من زوج أو زنًا؟

قال: وكذا التزويج على أحد القولين؛ لأنه عيب.

ولا يعتصر الولد؛ لأنه نما بمال السيد؛ لأنه المنفق عليه إلا أن يعتصره بفور الولادة.

قُلتُ: في البيع الفاسد والإقالة من الطعام الولادة فوت؛ فعليه يمنع الاعتصار.

وإيلاد الولد الأمة لغو: القاضي: وكتابته إياها.

الباجي: وعليه العتق والتدبير.

وفي فوته بوطء الابن: نقل الباجي عن ابن القاسم مع مالك وأكثر أصحابه: ولو كانت ثيبًا، والمغيرة مع ابن الماجِشُون: وتوقف للاستبراء إن بان بها حمل؛ فاتت.

وعزا ابن رُشْد الأول أيضًا لأَصْبَغ والمدَوَّنة، والثاني للأخوين، ولم يفرقا بين بكر وثيب.

اللخمي: الأول أحسن إن كانت من العلي؛ لتهمتها على الإحلال، وهو في الوخش أخف.

ابن عبد السلام: الأقرب أنه في البكر متفق عليه.

وفيها: إن أحدث في البكر نقصًا؛ كان كالنقص يختلف فيه، وإن لم يحدث نقصًا فواضح فأين الاتفاق.

وقد قال في آخر المرابحة: إن وطئ الأمة؛ لم يبين إلا أن يكون افتضها، وهى

ممن ينقصها.

وأما الوخش الذي كان ربما أزيد لثمنها؛ فلا يتبين عليه.

الصقلي: قول الابن الكبير في غيبته عليها وطئتها: يمنع اعتصارها، ولم أطأها يثبته.

قُلتُ: ظاهره لغو الغيبة عليها.

ومثله قول استبرائها: إن اعتصرها، وقد غاب عليها ابنه الكبير؛ فعليه استبراؤها، وإن وطأها؛ فلا اعتصار له.

وعلى نقل ابن رُشْد عن أَصْبَغ: فوتها في هبة الثواب بالغيبة عليها مثل الوطء يتخرج فوت اعتصارها بها بقياس التسوية كما مر في عتق الأمة في الصلاة.

وهو في الهبة لغير ثواب أحرى؛ لأن الغيبة عليها مظنة للوطء بنفسها غير متوقفة على بت عقد ذي الحلال.

وفي هبة الثواب: هي متوقفة عليه، وطروء اليتم وهو موت أبي الطفل.

قال الباجي: يمنع اعتصار الأم قال: ولو كبر في حياة أبيه، ثم مات؛ لم يمنعه، والصدقة تقدم تعريفها.

فيها: لا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على ولد صغير أو كبير، وأما الهبة والعطيَّة والنحل؛ ففيها الاعتصار والحبس إن كان بمعنى الصدقة؛ لم يعتصر، وإن كان بمعنى الهبة يكون سكنى أو عمرى إلى مدة، ثم مرجعها إليه؛ فإنه يعتصر.

أبو عمر: لا أعلم خلافًا أن الصدقة وكل هبة أريد بها وجه الله؛ فالرجوع فيها حرام.

ولابن زرقون بعد نقله هذا: قال مُطَرِّف: إن قال: هبة لله أو لوجه الله؛ فله الاعتصار.

عياض: خرج بعض شُيُوخنا من إجازة مالك في العتبيَّة أكل ما تصدق به على ابنه الصغير، جواز الاعتصار في الصدقة.

قُلتُ: في نوازل سَحنون: له هبته لابنه للصلة لا يجوز اعتصارها، وكذا هبته

لضعفه، وخوف الخصاصة عليه.

ولابن الماجِشُون: كل هبة لوجه الله، أو لطلب الأجر أو لصلة رحم؛ لا يعتصر.

ابن رُشْد: هذا مثل قول عمر في المدَوَّنة، ونحوه في مختصر ابن عبد الحكم وهو أظهر من قول مُطَرِّف.

وزاد في قول مُطَرِّف: أنه إذا وهب ولده لوجه الله أو لصلة؛ أن له الاعتصار أبدًا حتى يسميها صدقة، ثم وجه القولين بأنها بناء على أن الهبة ما قصد به الموهوب له فقط أو ولو كان مع طلب الثواب من الله تعالى.

وفيها: لا يشتري الرجل صدقته من المتصدق عليه، ولا من غيره.

اللخمي: اختلف هل النهي على الندب أو على الوجوب؟

فقال مالك: لا ينبغي أن يشتريها. وقال: يكره.

وقال الداودي: هو حرام.

وظاهر الموازيَّة: أنه لا يجوز والأول أحسن؛ لأن المثل ضربه لها بما ليس بحرام.

قُلتُ: التعليل يدل على ذم الفاعل بتشبيهه بالكلب العائد في قيئه، والذم على الفعل يدل على منعه، وقاله عز الدين بن عبد السلام، ولبعد اللخمي عن ذكر قواعد أصول الفقه حسبما قاله المازري في صلاة الجنائز قال هذا، والله أعلم.

قُلتُ: ظاهر قول اللخمي فيما حكاه عن الموازيَّة: أن معنى لا يجوز الحرمة، وهو لفظ المدَوَّنة، وسماع ابن القاسم، وعبر ابن عبد السلام عن المشهور بالكراهة، وفيه نظر.

ولم يحك ابن رُشْد في سماع عيسى غير لفظ: لا يجوز.

اللخمي: قال مالك في كتاب الزكاة: لا يشتري الرجل صدقة حائطه، ولا زرعه، ولا ماشيته.

وقال ابن القاسم في كتاب النذور: كره مالك: أن يشتري صدقة التطوع؛ فهذا أشد كراهة.

ابن رُشْد: وفي جواز شراء الصدقة من غير الذي تصدق بها عليه. رواية ابن

وَهْب: لا بأس بذلك، وقولها: لا يجوز.

قال: وشراء غلة ما تصدق به من المتصدق عليه؛ قيل: جائز كالعرية بخرصها، وكرهه أشهب، وهو الصواب.

قُلتُ: مسألة العريَّة؛ إنما هي من العود في عين الصدقة لا في غلتها.

الصقلي عن محمد: لو تصدق بالغلة فقط عمره أو أجلاً؛ فله شراؤه، قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك.

قُلتُ: أخذه بعضهم من قولها: من تصدق على أجنبي بصدقة؛ لم يجز له أن يأكل من ثمرها، ولا يركبها، ولا ينتفع بشيء منها.

وفيها: من تصدق على ابنه الصغير بجارية، فتبعتها نفسهح فلا بأس أن يقومها على نفسه، ويشهد ويستقضي للابن.

الصقلي: لمحمد عن ابن القاسم: إنما أرخص في هذا في الولد الصغير، ولو كان كبيرًا ما حل له ذلك.

وقال مالك: ونقل قولها في سماع ابن القاسم: والموهوب عبد.

ابن رُشْد: قولها في الجارية: أعذر منه في العبد؛ لتعلق نفسه بها لو تبعتها نفسه والصدقة بها على أجنبي لما بعد شراؤه لها بخلاف العبد، والولد بخلاف الأجنبي؛ للشبهة التي له في مال ابنه؛ ولذا أجاز في رسم نذر سنة: أن يكتسي من صوف ما تصدق به على ابنه من الغنم، ويأكل من لحمها، ويشرب من لبنها، ومثله لمالك في رسم شهد من سماع عيسى.

وفي رسم نذر سنة: إن تصدق بالحائط؛ فله الأكل من ثمره إن أطعمه.

وفي الموازيَّة: إن رضي ابنه وهو كبير؛ يصح رضاه .

اللخمي: لابن نافع في شرح ابن مزين: أكره أن ينتفع بصدقته على ولده كانت أو أجنبي، وهو أحسن لعموم الحديث.

قلت: جواز الرجوع في الهبة وكراهته: نقلا اللخمي عن رواية محمد والقاضي قال: وهذا أحسن إلا أن يكون برغبة من الموهوب له في شرائه منه؛ فيجوز؛ لأنه

معروف ثان.

قُلتُ: وتقدم شيء من هذا في النذور: ورجوعها بالإرث جائز اتفاقًا؛ لأنه جبري.

[باب هبة الثواب]

وهبة الثواب: عطيَّة قصد بها عوض مالي(1).

وفي شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرا في فضل شرط العوض فيها.

اللخمي: إن اقترن بعطيَّة ما يدل عليه؛ فهي للثواب، وإن اقترن بها ما يدل على نفيه؛ سقطت دعواه، وكذا إن أشكل الأمر لقول عمر رضي الله عنه من وَهْب هبة يرى أنها للثواب؛ فهو على هبته، فلم يجعل له مقالاً إلا بدليل؛ ولأن أصل الهبة عدم العوض.

الباجي في الجلاب: من وَهْب هبة مطلقة ادعى أنها للثواب حمل على العرف إن كان مثله لا يطلب ذلك؛ قبل قول الموهوب له مع يمينه، وإن كان مثله يطلبه، أو أشكل أمره؛ قبل قول الواهب مع يمينه.

وقسم ابن رُشْد الهبة أقسامًا منها قوله: إن لم يتبين أن الواهب أراد مجرد التودد فقط، أو التودد والمكافأة كهبة الأغنياء بعضهم بعضًا أجانب أو أقرباء؛ ففيها في هذا القول قول الواهب.

وفي حملها على أنه بيمينه أو دونه تأويلان للأشياخ، والأمر عندي إن قال: أردت ذلك، ولم أشترطه جرى على الخلاف في تعلق يمين التهمة دون تحقيق، وإن قال: شرطته، وأنكره الموهوب له؛ فلا حلف عليه على القول بتوجه يمين التهمة إلا بعد حلف الموهوب له أنه ما اشترط عليه ثوابًا، فإن نكل؛ فالحلف على الواهب، وكان له الثواب دون يمين، وإن قال: شرطت الثواب عليك، وقال الموهوب له؛ بل بينت أن لا ثواب لك علي قبل قول الواهب مع يمينه أنه شرطه، فإن نكل قبل قول الموهوب له أنه

---

(1) قال الرَّصاع: ما أخرج بالقيود ظاهر وحكمها حكم البيع، والله سبحانه الموفق.

بين له؛ أن لا ثواب عليه، فإن نكل؛ فللواهب الثواب دون يمين على حكم المدعي والمدعى عليه.

قُلتُ: واختلف في ثبوته في صور الاختلاف في اشتمالها على ما ينفيه.

ابن زرقون تابعًا لابن رُشْد في هبة أحد الزوجين للآخر ثلاثة: قولها لا يصدق إلا أن يظهر ما يدل على صدقه.

وقول ربيعة ومالك والليث فيها: لا يصدق إلا بشرطه.

ونقل المعونة: يصدق، وإن لم يقم ما يدل على صدقه، وعلى هذا الخلاف خرج الباجي قولها في كتاب الأكرية بسقوط طلب الزوجة الزوج بكراء منزل سكنه بها هي فيه بكراء أو ملك.

وقولها في كتاب العدة: إن اعتدت في مسكن بكراء، فطلبته بكرائه؛ لزمه.

قال: وقال بعض الأندلسيين: هما مسألتان مختلفتان، ومعنى ذلك عندي أن المعتدة سكنت في وقت لا يظن بها الصلة.

قُلتُ: ذكر الباجي مسألتي العدة والأكرية يدل على أن الخلاف في المسألة سواء عبر عن لفظ العطيَّة بلفظ الهبة أو لا، وظاهر استدلال اللخمي بقوله: ولأن أصل الهبة عدم العوض على أن محل الخلاف هو ما عبر فيه بلفظ الهبة.

وعلى طريق الباجي يحسن التمسك بقولها في كتاب النكاح الثاني: وإن أنفقت على زوجها في ذاته، وهو ملي أو معدم؛ فلها إتباعه به إلا أن يرى أن ذلك بمعنى الصلة ونحوه في سماع أشهب في كتاب النكاح.

قال ابن رُشْد فيه: اختلف قول ابن القاسم في هذا الأصل في المدَوَّنة: وإذا وجب لها الرجوع بعد يمينها، ومن هذا المعنى دعوى أحد الزوجين فيما وهبه للآخر الثواب، فذكر قولي مالك ونقل المعونة.

وفيها: لا ثواب بين الزوجين.

ابن عات: عن الاستغناء: إن وهبت زوجها صداقها، ثم طلبت الثواب؛ لم تصدق كانت عرضًا أو عينًا بخلاف ما وهبته من مالها، أو وهبه إياها من ماله، ففي ذلك ثلاثة

أقوال، واستدلوا في هذا الأصل بحديث الدارقطني عن ابن عمر عن النبي ﷺ: **«من وَهْب هبة؛ فهو أحق بها ما لم يثب منها»**[1].

قال عبد الحق: رواته ثقاة؛ لكنه جعله وهمًا.

قال: والصواب عن ابن عمر عن عمر قوله، ورواه من حديث أبي هريرة، وفي سنده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، ومن حديث ابن عباس، وفي إسناده محمد بن عبيد الله العوزبي، ورفع الحديث إلى النبي ﷺ، وهما ضعيفان جدًا، ولم يتعقبه ابن القطان.

اللخمي: ويختلف في الثواب بين الوالدين والولد كما في الزوجين، ودعوى الابن الثواب أبين من الأب إلا أن يكون الأب قليل ذات اليد، والأب موسر.

وفيها: الهبة في القرابة، وذوي الأرحام إن علم قصد الثواب؛ قضي به، وإن علم نفيه كغني لفقير؛ سقط.

اللخمي: لم يذكر حكم فقد دليل القصدين.

وفيها: لا ثواب في هبة الدنانير والدراهم، ولو من فقير إلا بشرطه، وللثواب في الهبة لغنى، ولو من غني.

الباجي لمحمد عن أشهب: لا ثواب فيما وهبه ذو سلطان.

وفي كون الهبة له، كذلك قول ابن شعبان، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب.

ابن شعبان: لا ثواب فيما أهدى لفقيه.

اللخمي عن القاضي: وكذا لرجل صالح، وفيها أهداه الثواب.

الباجي: الظاهر :أنه أراد الفقير منهم، والغنى كسائر الأغنياء.

قُلتُ: فيلزم لغو كونه فقيهًا، وظاهر مساقه اعتباره، وهو مقتضى العرف إن كان الواهب له غنيًا.

زاد المتيطي في كلام ابن شعبان: إلا أن يكون بين فقيهين، وعزاه اللخمي له بلفظ؛ يريد: إلا أن يكون بين فقيهين.

---

(1) أخرجه الدارقطني: 3/43، رقم: (179) كتاب البيوع.

الباجي: لا ثواب فيما أهداه المولى لسيده.

قُلتُ: إن كان المولى غنيًا، وإلا فلا.

قال: وما جرت به العادة من الهدايا عند النكاح.

قال ابن العطار: هو على الثواب وبه القضاء؛ يريد: أنه عرف يقضي بقيمة الكبش حين قبضه إن جهل وزنه، وإن علم؛ فبوزنه، وإن كان المهدى إليه بعث للمهدى قدرًا من اللحم مطبوخ، أو أكل عنده في العرس؛ حوسب به في قيمة هديته، ولو كان هذا ببلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب، وفيما قاله نظر.

اللخمي: الشأن في هذه الولائم، الأعراس، الثواب، ويختلفون في القيام إن لم يثب من علم من مثله عدم الطلب؛ فلا قيام له، ولا لوارثه، ومن يعلم من مثله الطلب؛ فله ذلك ولوارثه، وهي في الصحة على وجهين إن كانت العادة أن الثواب قدر الهبة فأقل؛ جازت، وإن كانت أنه أكثر؛ لم يجز.

المتيطي عن أبي بكر بن عبد الرحمن لو قال له المعطى: لا أعطيك إلا إن حدث لك عرس؛ فله الرجوع بقيمة هديته معجلاً.

وقال ابن عمران: إن كانت المكافأة عرفًا كالشرط؛ فهو فاسد يقضي فيه للقائم بالقيمة فيما يقضي فيه بالقيمة، وبالمثل فيما يقضى فيه بالمثل، وكذا الجفان توجه لأولياء الميت.

وقال الشَّيخ في مسائله: ما يوجه لأولياء الميت؛ لا رجوع فيه، بخلاف هدايا النفاس والعرس، فإن فيها عرفًا، كالشرط؛ وهي في مختصر ابن عبد الحكم.

وقال القابسي في مسائله لا رجوع في شيء من ذلك كله.

قُلتُ: مقتضى المذهب: أنه إن اقتضى العرف قصد الثواب؛ ثبت، وإلا سقط إن اقتضاه على ما يوجب الفساد في وقته، أو قدره أو نوعه؛ حكم فيه بحكم البيع الفاسد، وإلا حكم بحكم ثواب الهبة، والغالب في صورته ثبوته عرفا الفساد؛ ولذا ينبغي عدم الأكل منه لمن حضره، وربما يفرق في ذلك بين حاله قبل فوته، فيتأكد الكف، وبعد فوته؛ فيخف.

وفيها: لا ثواب في هديَّة فقير لغني الفاكهة والرطب؛ لقدومه من سفر.

ابن القاسم: ولا أخذ ذلك، ولو كان قائمًا.

الصقلي عن الشَّيخ: لابن اللباد عن بعض أصحابنا: له أخذه إن كان قائمًا.

قال: وأما القمح والشعير يوهب للثواب؛ فيه الثواب.

اللخمي: اختلف في الهبة للقادم من السفر الفاكهة والطعام وشبهه؛ فقال مالك: لا ثواب، ولابن عبد الحكم في مختصر حمديس: له الثواب، وهو أبين.

والشأن رجاؤه مما يقدم به المسافر.

قُلتُ: مفهومه: إن لم يقدم بشيء؛ فللثواب عليه.

ثم قال: فمن لا يرضى الكلام عليه إن وقعت بينهما مقابحة، فتكلم عليه؛ لم يكن له شيء، ومن يتكلم عليه؛ يقضى له إن طلبه.

والشأن فيما يهديه القادم لجار، أو صديق عدم الثواب.

وفيها: لا ثواب في هبة العين.

ابن القاسم: إلا بشرط، فيثاب عرضًا أو طعامًا.

الصقلي عن الموازيَّة: إن شرط لها ثوابًا؛ ردت، وقاله أشهب.

قُلتُ: عزاه الباجي لمحمد عن ابن القاسم، قال: وهو المشهور عن مالك.

وقال ابن القاسم أيضًا: إن اشترطه، فيثاب عرضًا أو طعامًا، ومثله في المدَوَّنة، وقال محمد: لا يعجبنا، وهو غير جائز.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا ثواب في هبة الصفائح، والنقر والحلي المكسور.

ابن رُشْد: في الحلي المصوغ على هذا الثواب، وهو نص قولها: والصفائح إن أراد بها المصنوعة من الحديد لشعيل الدواب، فالمعنى أنها كثيرة الوجود لا يتحف بها من أهديت له، ولو أهداها إليه في الغزو عند الحاجة إليها وعدمها؛ لوجب فيها الثواب، وإن أراد صفائح الذهب أي: سبائكه؛ فبين؛ لأنها كنفر الفضة والدنانير والدراهم.

قُلتُ: تعليله عدم الثواب في المصنوعات من الحديد بكثرة وجودها خلاف اقتضاء المذهب ثبوت العوض في كثير الوجود وقليله.

وقدم تقدم للشيخ: أن في هبة القمح والشعير الثواب.

هبة الحلي: قال المتيطي في ثبوت الثواب فيه قولا ابن القاسم وأشهب.

الباجي في الموازيَّة: معها إجازته هبته للثواب.

وقال محمد: لا يجوز بحال وقيام الهبة.

قال ابن رُشْد: الموهوب له فيه مخير في إثابته بقيمتها أو ردها، وعلى قول مُطَرِّف وروايته: لا يلزم الواهب أخذ قيمتها دون رضاه إلا بعد موتها.

قُلتُ: عزا الباجي الأول لابن القاسم وابن الماجِشُون قال: وقال مُطَرِّف: هو على هبته، ولو أعطى أكثر من القيمة حتى يرضى، ونحوه سمع ابن القاسم.

قُلتُ: هو ظاهر قوله في رسم حلف، وحمله ابن رُشْد على أنه أعطاه أقل من القيمة، ففي كون الفوت الموجب على الموهوب له قيمتها قبضه إياها، أو حوالة سوقها، أو تغيرها بزيادة أو نقص رابعها: بنقصها فقط لرواية ابن الماجِشُون ومحمد عن ابن القاسم فيها مع أحد سماعيه عيسى وثانيهما.

قُلتُ: وقال بعد هذا: لو قيل بلزومها له بالقول؛ كان له وجه في القياس على البيع، ويرد بأنه إن أراد على بيع البت؛ منع وجود علة الأصل في الفرع، وإن أراد على بيع الخيار؛ فحكمه عدم اللزوم.

وفي سماع عيسى: إن كانت الهبة جارية، فوطئها الموهوب له فوت؛ يلزمه قيمتها.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وقال أَصْبَغ والأخوان: غيبة الموهوب له عليها فوت يوجب قيمتها، ويمنع الرد، ولو لم تحمل؛ لأنه ذريعة لإحلال الفروج بغير ثمن.

وفي المقدمات في لزوم الواهب قبول القيمة: إن بذلها الموهوب له بعقد الهبة أو بقبضها أو بتغيرها بنقص أو زيادة.

رابعها: بفوت عينها أو تفويتها بعتق أو غيره، ولو تلف جلها؛ فله أخذ ما بقي للآتي على لزوم الواهب دفع الهبة قبل قبض عوضها، والمشهور من قول ابن القاسم مع روايته في المدَوَّنة وغيرها، وقولها في الشفعة، ولم يعز الرابع، وعزاه في سماع عيسى

لمُطَرِّف وروايته، وقرر ما في الشفعة بقولها: لأن الناس إنما يهبون للثواب رجاء ما هو أكثر من قيمة ما أعطوا.

قال: وفي القضاء للواهب بحبس هبته حتى يثاب، ولزوم تسليمها قبله قولان.

قُلتُ: هما للخمي، وعزاهما لأشهب ومحمد.

وقال: إن قبضها المعطى بغير إذن الواهب؛ فقال أشهب: يرتجعها، وقال ابن القاسم: لا يرتجعها، ويتلوم له في الثواب، فإن لم يثبه؛ ردها.

ابن رُشْد: وعلى الثاني ضمانها من الموهوب له بكل حال، وعليه قيمتها يوم الهبة لا يوم القبض باتفاق، وعليه قيمتها يوم الهبة لا يوم القبض باتفاق، وعلى الأول يختلف في ضمانها كمحبوسة بالثمن.

قُلتُ: وقد تقدمت.

وفي تخريج ضمانها: المبتاع في المحبوسة يرد في أنه في عقد يرم، وهبة الثواب غير لازمة للموهوب.

قال: وعلى هذا في كون قيمتها يوم الهبة، أو يوم القبض قولان لسماع ابن القاسم مع سماعه عيسى وأَصْبَغ، وقول مالك في الموطأ مع قولها في الشفعة، واختار محمد أن القيمة يوم القبض، واعتل بعلة غير صحيحة على قول ابن القاسم وروايته، فقال: إنه مخير في ردها قبل قبضها، فيلزم كون قيمتها يوم الفوت؛ لأنه قبله مخير، وهذا لم يقولوه، ولو قالوا؛ كان له وجه، ويتم تعليله على إلزام الموهوب له القيمة بالقبض.

وفيها: إن عرض الموهوب له أقل من الهبة، ثم قام الواهب بطلب تمامها؛ حلف ما سكت إلا انتظارًا، وهو على حقه.

وفي قصر الثواب عند التنازع على العين وعمومه في كل معتبر بالقيمة ثالثها: إلا الحطب والتين، ونحوه لابن رُشْد عن أشهب وسَحنون: ولها، وعلى الأول قال الباجي: يختص بسكة العين الجارية في البلد.

وفي وقف ردها بعد فوتها على تراضيهما على معرفة قيمتها قولا محمد.

ابن رُشْد: الصواب: وقفه، ولا معنى لغيره، ولا وقف في دفعه عرض غيرها إلا

على قول أشهب.

الباجي: يجوز بعد فوتها ثوابها، فكل ما يصح أن يسلم فيه.

وفيها: منعه بما لا يصح أن تسلم فيه.

وفيها: يثيب عن الحلي عروضًا لا عينًا، وإن كان من غير جنسه.

الباجي: يريد: بعد التفرق، ويجوز قبله بحضرة المحلي.

قُلتُ: وكذا الطعام عن طعام.

الباجي: وفي الموازيَّة: يجوز أن يثيبه عن حلية الذهب ورقًا، وعن حلي الورق ذهبًا.

ابن شاس: إذا أثاب؛ فلا رجوع له في الثواب بعد تعيينه.

قُلتُ: هذا ضروري كتب عند الخيار: ولو كانت الهبة عبدين، ففي منع الموهوب له من رد أحدهما، وحبس الآخر ثالثها: إن كان المردود أدناهما لها، ولأَصْبَغ ولتخريج ابن رُشْد على قول ابن القاسم فيها: إن باع وجهها؛ لزمته بثمنهما، وإن لم يكن وجههما؛ غرم قيمته يوم قبضه، ورده الباقي.

ابن رُشْد: لأن قوله هذا خلاف قوله: ليس له حبس أحدهما، ورد الآخر مطلقًا؛ ولذا قال سَحنون: بيعه أحدهما موجب قيمتها.

وفيها: للموهوب له رد الهبة بالعيب، وأخذ العوض والعيب بالعوض، إن كان فادحًا؛ لا يعاوض به؛ كالجذام والبرص؛ فله رده، وإن لم يكن فادحًا؛ نظر لقيمته.

الباجي: إن ظهر عيب الهبة قبل ثوابها وفوتها؛ فقال محمد: إن علمه الواهب؛ اعتبرت قيمتها معيبة، وإن جهله؛ اعتبرت سليمة، ولو حال سوقها أو وطئت، قاله أَصْبَغ في العتبيَّة: لأن ذلك لا يفيت الرد بالعيب، والواهب على السلامة وهب، وإن ظهر بعد أن أثابه ولم تفت؛ فكالبيع.

محمد: لو فاتت بتغير بدن أو وطء؛ فله قيمتها سليمة؛ إما حبسها بها، وإما ردها؛ لأن ما يوجب قيمتها لا يفيت الرد بالعيب، ولو كانت مما لا يقدر على ردها، وظهر العيب بعد أن أثابه رجع بقدره من الثواب؛ كان أقل من القيمة أو أكثر، ولو ظهر

العيب قبل ثوابها؛ كان عليه قيمتها معيبة، ونحوه لابن رُشْد في نوازل أَصْبَغ، والله أعلم.

[باب الهبة بشرط عوض عيناه]

والهبة بشرط عوض عينها: قال ابن رُشْد وغيره: هي بيع.

وفي كون شرطه غير معين يفسدها؛ لأنه بيع على القيمة، وصحتها كالبيع قولان لابن رُشْد، وغيره عن ابن الماجِشُون، وأَصْبَغ مع ابن القاسم.

الباجي عن الشَّيخ: قول أَصْبَغ هو قول ابن القاسم فيها.

قُلتُ: منه قولها في كتاب الهبة والواهب: إذا شرط الثواب، أو رأى أنه أراده له أخذ هبته إن لم يثبه.

قُلتُ: وفي ترجمة بيع الغرر من المنتقى: لو قال: بعتك السلعة بما شئت، ثم سخط ما أعطاه.

قال ابن القاسم: إن أعطاه القيمة؛ لزمه.

محمد: معناهك إن فاتت، وإلا ردت، فحمله ابن القاسم على المكارمة؛ كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع.

عياض: إن وَهْب وسكت من يعلم منه طلب الثواب؛ جاز اتفاقًا، ولو قال: أهبك لتثيبني، فقال اللخمي: كالأول.

وظاهر قول عبد الملك: فساده، ولو قال بشرط الثواب، أو على أن تثيبني؛ فهي مسألة عبد الملك: وإن عين العوض؛ فبيع.

وفي كون الإعطاء لتحصيل المعطي مغير مقصود للمعطى هبة تفتقر للحوز، أو معاوضة لا تفتقر قولان لسماع أَصْبَغ ابن القاسم فيمن قال لولده: أصلح نفسك، وتعلم القرآن، ولك كذا؛ ففعل، وقول أَصْبَغ في قوله: من أعطى دار سكناه لامرأته النصرانيَّة على أن تسلم فتسلم؛ لا بد من حوزها.

ونقل ابن رُشْد عن ابن حبيب مع مُطَرِّف في مسألة النصرانيَّة: الدار ثمن

والإشهاد يكفيها دون حوز.

[باب العدة]

العدة: إخبار عن إنشاء المخبر معروفًا في المستقبل[1]، فيدخل الوعد بالحمالة

(1) قال الرَّصاع: قوله: (إخبار) مصدر من أخبر يخبر إخبارًا، وهو مناسب للعدة، فإنها مصدر وعد يعد عدة والمصدر الأصلي وعدا. قال تعالى: ﴿وَعْدَ ٱلْحَقِّ﴾، والإخبار بالشيء الإعلام به، وهو إيقاع نسبة لا وقوعها، وهو غير الخبر؛ لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب؛ لأنه راجع لوقوع النسبة، وهذا يرجع إلى إيقاعها.

وقوله: (عن إنشاء) أخرج به الإخبار عن خبر ومعنى عن إنشاء؛ أي: عن وقوع إنشاء.

وقوله: (المخبر) أخرج به إنشاء غير المخبر؛ لأنه ليس بوعد كما إذا قال: يهب زيد لك الدار غدًا.

قوله: (مع وفاء في المستقبل) أي: بقيد الوفاء بما أخبر به في المستقبل، فإن لم يقصد وفاء فلا يقال فيه وعد.

(فإن قلت): أي: شيء أخرج بهذا.

(قُلتُ): لعله أخرج به ما لا يطلب في الوفاء به، كقوله: "أطلقك غدا" وما شابهه فليس هذا بوعد شرعي.

(فإن قلت): ما ذكروه في مسائل في الخلع يدل على أن ذلك من الوعد كما، إذا قال لها: "إن أعطيتني ألفا خالعتك.

قالوا: إن فهم الالتزام لزم، وإن فهم الوعد فقولان، والقولان جاريان على الوعد الموقوف على سبب.

(قُلتُ): لعل ذلك لغة لا عرفًا؛ لأن العرفي في غالبه ما يقع إنشاء على فاعله إذا، وفى به وهو من علامات الإيمان وحسن الإيقان والوفاء بها مطلوب اتفاقًا، وأما الطلاق وما شابهه فليس الوعد فيه كذلك.

(فإن قلت): الشَّيخ: قال هنا بعد حده فيدخل الوعد بالحمالة وغيرها فلأي شيء خصص الوعد بالحمالة.

(قُلتُ): لما كان اللفظ الذي تنعقد به الحمالة يقع به اللبس فأشار إلى بيانه؛ لأنه إذا قال: أنا حميل فهي حمالة شرعيَّة لازمة، وإذا قال: أنا أتحمل فهذا، وعد فيدخل في الحد، والأول إنشاء لغلبته في ذلك فنبه على أن الثاني لا يلزم إلا إذا كان على سبب، ووقع السبب على أصل المشهور.

(فإن قلت): إذا قال: أنا أقضي عنك دينك غدًا فهذا وعد عن فعل يفعله فكيف يدخل ذلك

وغيرها، الوفاء بها مطلوب اتفاقًا.

ابن رُشْد في رسم طلق من سماع ابن القاسم من العارية في لزوم القضاء بها مطلقًا: وإن كانت على سبب، ولو لم يدخل بسببها في السبب، أو بشرط دخولها بسببها في السبب رابعها: لا يقضي بها مطلقًا.

لعمر بن عبد العزيز، وأَصْبَغ مع عبد الملك في هذا السماع، ولابن القاسم في هذا السماع لقوله: إن اقتعد الغرماء منه على موعد؛ لزمه لأنهم تركوا بوعده إياه التوثق من غريمهم مع قول سَحنون، وكسماع القرينين، فعلى قوله ابن القاسم قوله لمدين: أنا أقضي عنك دينك؛ لا يلزمه، وقوله لرب الدين: أقضيك الدين الذي لك؛ يلزمه لإدخاله إياه في ترك التوثق.

وفي نوازل ابن الحاج: ذكر الأقوال الأربعة غير معزوة، وصوب منها.

وفي نكاحها الأول: مما هو حمل لا حمالة قوله: بع من فلان فرسك، فباعه، ثم هلك الضامن؛ كان ذلك في ماله، فإن لم يدع شيئًا؛ فلا شيء على المبتاع، وكذا من وَهْب لرجل مالاً، فقال لرجل قبل دفعه له: بع فرسك بالذي وهبته له، وأنا ضامن لك حتى أدفعه لك، فقبض الفرس؛ فالثمن على الواهب، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب، ولا مال له؛ فلا رجوع للواهب للبائع على الموهوب له بشيء.

عبد الحق: لم يبين إن مات الواهب عديمًا قبل قبض المبتاع الفرس هل له قبضه دون غرم ثمنه أم لا؟، وفيه قولان لغير الشَّيخ.

قُلتُ: وذكرهما أيضًا في كتاب الجعل والإجارة، وفي لفظها: ولا يكون على قابض السلعة شيء إن مات الواهب عديمًا.

وسمع القرينان في كتاب العدة: من قال لبيعه بعد البيع: بع، ولا نقصان عليك قولاً غارمًا بينًا، ويصدق المبتاع فيما يدعي من نقص إن أشبه.

في الحد.

(قُلتُ): هو داخل فيه؛ لأن الإنشاء قولي أو فعلي كالمعاطاة في البيع، وتأمل ما ذكروه هنا من قولهم أنا أقضيك الدين الذي لك، وقولهم أنا أقضي عنك دينك، وما فرقوا به بينهما، والله الموفق.

ابن رُشْد: لأن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يقضى به ما لم يمت أو يفلس، وقوله ذلك قبل انتقاده كقوله بعده إلا أن يقول له: انقدني وبع، ولا نقض عليك؛ فلا يجوز؛ لأنه بيع معلق.

وفي سماع عيسى: لأنه يكون فيه عيوب، وخصومات، فإن باع فنقص؛ لزمه أن يرد له إن كان انتقد، إن كان لم يغبن في البيع غبنًا بينًا، وباع بالقرب، فإن أخر حتي حالت الأسواق؛ فلا شيء له؛ لأنه فرط، ويقبل قوله بيمينه في النقص فيما يشبه؛ لأنه ائتمنه.

وفي سماع عيسى: إن كان عبدًا، فأبق أو مات، فقال أَصْبَغ: فيه اختلاف، والذي أقول أنه موضوع عن المشتري، ولا يقبل قوله في الثوب إلا ببينة أنه ذهب وإلا فهو منه، وإن كانت أمة؛ لم يحل للمشتري وطؤها إن قبل الشرط.

قال لي ابن القاسم: فإن وطئها؛ لزمته بجميع الثمن؛ لأن بوطئه ترك ما جعل له.

ابن رُشْد: قوله: أنه موضوع منه هو قول ابن القاسم، وفي السماع المذكور: لو باع منه على أن لا نقص عليه، فقال مالك: ليس بيعًا، فإن باع؛ فله إجازته.

ابن رُشْد: البيع على هذا لا يجوز اتفاقًا.

وفي كونه إجارة فاسدة، أو بيعًا فاسدًا قولا مالك في هذا السماع مع الموطأ، وفي غيرهما، والقولان لابن القاسم في الواضحة، وفي هذا السماع، فعلى الأول الضمان من البائع، ولا فوت للمبيع، ولو بعيب مفسد، وللمبتاع أجر مثله، فلو فوتها بعطيَّة أو عتق العبد أو حمل الأمة؛ ففي مضيه بالقيمة يوم العطيَّة، والعتق والإحبال لرعي القول بأنه بيع فاسد أو بالثمن؛ لأن ذلك رضىً منه به قولا مالك، وابن القاسم في هذا السماع.

وعلى الثاني: عليه القيمة يوم القبض كبيع فاسد اتفاقًا.

وسمع أَصْبَغ أشهب: من أجاب من ابتاع منه كرمًا، فخاف الوضيعة بقوله: بع وأنا أرضيك إن باعه برأس ماله فأكثر؛ فلا شيء له، وإلا فعليه أن يرضيه إن زعم أنه أراد شيئًا سماه؛ فهو ما أراد، وإن لم يرد شيئًا أرضاه بما شاء، وحلف ما أراد أكثر من ذلك يوم قال ذلك.

أَصْبَغ: وقال لي ابن وَهْب: عليه أن يرضيه بما يشبه تلك السلعة والوضيعة فيها.

أَصْبَغ: هذا أحب إلي.

ابن رُشْد: قول أشهب: إن زعم أنه أراد شيئًا سماه؛ فهو ما أراد يريد مع يمينه؛ ومعناه: إن لم يسم شيئًا يسيرًا لا يشبه أن يكون أرضى، وعلى قول ابن وَهْب إن قال: لم أرض بما يقول الناس أنه إرضاء؛ لم يصدق.

ولو حلف ليرضيه؛ لم يبرأ إلا بما يقول الناس، وبما يرضيه.

قُلتُ: هذا على تقديم ظاهر اللفظ على العرف في الأيمان، والمشهور خلافه.

[كتاب اللقطة]

اللقطة: مال وجد بغير حوز محترمًا ليس حيوانًا ناطقًا ولا نعمًا[1]، فيخرج الركاز

---

(1) قال الرَّصاع: اللقطة بضم اللام وفتح القاف هذا الذي ذكر فيها الأكثر، وهذا في الأصل موضوع لمن كثر منه الالتقاط، وليس المراد هنا بل المراد الشيء الملتقط وحقق بعضهم سكون القاف جريا على القياس قول الشَّيخ:(مال) مناسب للمحدود؛ لأن اللقطة غلبت فيه، ولا يدخل فيه اللقيط؛ لأنه ليس مالًا.

قال خليل: مال معصوم عرض للضياع إلخ، وحد الشَّيخ أبلغ منه وأجمع.

قوله: (وجد بغير حرز) أخرج به ما وجد في حرز، فإنه ليس بلقطة.

قوله: (محترما) حال من المال أخرج به مال الحربي.

قوله: (ليس حيوانا ناطقا) أخرج به الحيوان الناطق، فإنه لا يسمى لقطة عرفا؛ بل يسمى إباقا وسيأتي.

قوله: (ولا نعما) النعم يطلق على الإبل والبقر والغنم على ما ذكروه في كتاب الزكاة، ولبعض أهل اللغة فيه بحث فأخرج بذلك ما ذكر، فإنه يسمى ضالة لا لقطة، وقد وقع في كلام ابن الحاجب ذلك، وبحث معه فيدخل في اللقطة الذهب والفضة والعروض وغير ذلك مما وجد في غير حرز، ويدخل البغال والحمير، وفي ذلك خلاف وبحث انظر ذلك، وما وجد بشاطي البحر من رمي المسلمين للنجاة، وقيل: إنه لواجده.

(فإن قلت): قال الشَّيخ - رحمه الله ورضي عنه- بعد حده: فيخرج الركاز فبأي شيء يخرج من قيوده؟

(قُلتُ): يظهر أنه يخرج بقوله بغير حرز، وقد قسموه إلى أقسام لمن يكون لواجده أو لأهل الأرض أو لفاتح الأرض وبنوا ذلك على الأرض هل هي عنوة أو صلح أو أسلم عليها أهلها؟

قال الشَّيخ: وتدخل الدجاجة وحمام الدور لصدق الحد على ذلك؛ لأنه مال وجد بغير حرز محترم إلخ، ثم قال: لا السمكة تقع في سفينة.

(فإن قلت): بأي قيد تخرج.

(قُلتُ): تخرج بقوله بغير حرز محترما؛ لأن الباء ظرفيَّة كأنه قال: المال الموجود في غير حرز محترما، وهذا مال موجود في حرز محترما، ونقل الشَّيخ ذلك عن ابن عات عن الشعباني، ثم عبر الشَّيخ بعد هذا بابن شعبان، وذكر ابن شعبان هنا سهو؛ لأنه الشعباني وكأن الشَّيخ اعتقد أن ابن شعبان هو الشعباني، وذكر الشَّيخ ﷺ هنا الحكاية المشهورة لتلامذة الشَّيخ سيدي أبي الحسن المنتصر، ثم إن الشَّيخ اختار تفصيلا في السمكة، وإنها إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه لنجت لقوة

وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة، وحمام الدور نحو ذلك، لا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت إليه.

قال ابن عات عن الشعبان وابن شعبان: وذكر بعض أهل الخبر؛ وهو الحاج طاهر المازري: أنه كان في ناس أتوا من دفينة ميت بجهة رادس بعض سواحل تونس بقارب في بحيرة تونس، وفي الجمع الشَّيخ الصالح العالم أبو الحسن المنتصر فقلت في نفسي: اللّٰهم إن كان من أوليائك، فاجعل سمكة من هذه البحيرة تسقط بقاربنا، قال: فسقطت سمكة بالقارب، فابتدرها غيري، فقلت: له أنا أحق بها، فإنها بصيدي حصلت، وذكرت لهم ما قلته في نفسي فأخذتها؛ والأظهر في السمكة إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إلي؛ه لنجت بنفسها لقوة حركتها، وقرب محل سقوطها من ماء البحر، فهو كما قال ابن شعبان في زاهيه: وإلا فهي لرب السفينة؛ كقولها فيمن طرد صيدًا حتى دخل دار قوم: إن اضطره إليها؛ فهو له، وإن لم يضطره وبعد عنه؛ فهو لرب الدار.

=

حركتها، وقرب سقوطها من الماء، فذلك كما قال ابن شعبان: وإلا فهي لرب السفينة، واستدل بمسألة المدَوَّنة في كتاب الصيد إذا طرد صيدًا ودخل دارًا انظره، فإنه قياس صحيح إذا تأملت، وقد كان يمشي لنا النظر فيها إذا وقعت السمكة في حجر رجل هل يختص بها أم لا؟

وظهر لي أنه يختص بها من هذه؛ لأنه أحروي، وأيضًا فإن الحوز الخاص مقدم على الحوز العام على ما ذكره القرافي في قواعده، وكان يمضي لنا النظر في هذا مع الاختلاف في الزوج والزوجة إذا اختلفا في متاع البيت، وكان مما يعلم لهما وهو بيدها انظره، وقد ذكر الشَّيخ: في تعارض البينتين مسألة اختلف فيها ابن دحون وابن الفخار، وهي من طلبته زوجته بكسوة، فقال: لها الثوب الذي عندك لي، وقالت هي: بل هو لي.

قال الشَّيخ: الخلاف جار على كونها في حوز الزوج أو حوزها في نفسها؛ فتأمله، وانظر ابن عبد السلام في اختلاف الأزواج في متاع البيت، والله أعلم وبه التوفيق.

[باب الضالة]

والضالة: نعم وجد بغير حوز محترمًا[1].

[باب الآبق]

والآبق: حيوان ناطق وجد كذلك[2].

ومقتضى قول ابن الحاجب وابن شاس: كون الجميع لقطة خلاف ظاهرها مع غيرها، والأحاديث لأمره بحفظه عقاص اللقطة، ووكائها ضالة الإبل؛ حيث لا سباع في رجحان تركها على أخذها، وعكسه سماع القرينين معها.

ورواية ابن رُشْد قال: تقيد عدل الإمام، وعلى الأول إن أخذت؛ عرفت، فإن لم تعرف؛ ردت لمحلها، وعلى الثاني: إن لم تعرف؛ بيعت ووقف ثمنها إن أمن عليه.

---

(1) قال الرَّصاع: لما كان لا يدخل ذلك في اللقطة.

قال الشَّيخ ﵀ في تعريفها: (نعم وجد بغير حرز محترم)، وبيانه ما قدمنا، وهو ظاهر فيدخل فيه الإبل والبقر والغنم أما الإبل حيث لا سباع فاختلف في رجحان تركها أو أخذها، وأما إذا خشي عليها السباع؛ فقيل: حكمها حكم الشاة، وقيل: لا والبقر كالإبل في الفلاة كالغنم والله الموفق.

(2) قال الرَّصاع: هذا معنى قوله كذلك، وهو ظاهر.

(فإن قلت): إذا وجد آبقا، فإنه يعرف به، فإن لم يوجد ربه هل يباع أم لا؟.

(قُلتُ): وقع في المدَوَّنة أنه يحبس سنة، ثم يباع ووقع في السماع أنه لا يباع لئلا يهلك الثمن، وتحصيل ابن رُشْد في ذلك حسن انظره، والله الموفق.

(فإن قلت): بدل الشَّيخ التعبير هنا وخالف ما قدم في العطية؛ لأنه هناك لما ذكر حدها، وأدخل تحتها ما أدخل من أنواعها أفرد بعد ذلك كل نوع من أنواعها؛ فذكر معه الجنس العام، وما يميزه وهنا ذكر رسم اللقطة، ثم ذكر ما يخص ما خرج عنها من آبق وضالة فالجاري على ما قدم أن يقول في جنس الآبق مال، ثم يقيده كما ذكر في الهبة، وكذلك يقول في الضالة، وقد ذكر ما رأيته.

(قُلتُ): أتى بأقرب جنس لكل واحد؛ لأن الحيوان هو أخص من الذي قبله فلذا لون ما رأيت فيما يظهر، والله سبحانه أعلم.

وتأمل حده للآبق، فإنه صادق على اللقطة فهو غير مانع، ولو قال حيوان ناطق لم ترد اللقطة.

ابن رُشْد: بالأول كان حكم عمر لأمن الناس، وبالثاني كان حكم عثمان لفساد الناس.

قال: وعليه أمر الناس اليوم، فإن خيف على ثمنها؛ ردت لمحلها.

قُلتُ: وللخمي كابن رُشْد ابن حارث: إن كان الإمام عدلاً، فإن لم تعرف؛ ففي ردها لمحلها وبيعها، ووقف ثمنها رواية ابن القاسم، وقول أشهب.

ابن رُشْد: في كونها بحيث يخشى عليها السباع؛ كالشاة، وأخذها لتعرف قولان للخمي، تؤخذ لتعرف؛ إذ لا مشقة في بلوغها إلا أن يخاف أخذها السلطان، فتترك، وإذا لزم ردها لمحلها؛ ففي سقوط إشهاده عليه واستحبابه سماع القرينين، وقول ابن نافع ابن رُشْد معنى السماع في غير المتهم؛ لقوله بعد هذا: أن المتهم يشهد.

قُلتُ: نقل ابن حارث الأقوال الثلاثة مطلقة، لم يقيد الأول بكونه غير متهم والبقر.

قال الباجي في المدَوَّنة: هي بحيث يؤمن عليها من السباع والذئاب كالإبل، وقاله أشهب.

ولابن حبيب: روى مُطَرِّف: هي بالفلاة؛ كالغنم يأكلها، ولا يضمنها.

قال: والخيل والبغال والحمير.

قال ابن القاسم: من التقطها عرفها، فإن جاء بها، وإلا تصدق بها.

ابن كنانة: لا يأخذها.

زاد أشهب: إن أخذهاح عرفها سنة، ثم تصدق بها.

اللخمي: البقر والخيل وسائر الدواب بحيث لا يخاف عليها من سبع، ولا ناس في مرعى؛ لم تؤخذ، وإلا أخذت وعرفت عامًا، إن تكلف أخذها، حفظها، ولم يصر ربها؛ لنقضها من أجرتها في مأمون، وإلا بيعت.

وقول ابن الحاجب: وفي إلحاق البقر والخيل والبغال ثالثها لابن القاسم: البقر دونها مجمل قاصر؛ لأن عدم إلحاق البقر بالإبل أعم من كونها كالغنم، ومن منع أخذها، ولا أعلم مقابل قولها نصًّا إلا قول مُطَرِّف أو تخريج قول ابن كنانة، ولفظه في

حكم الخيل والبغال والحمير قاصر عن تمييز قول ابن كنانة من قول أشهب.

وفي الزاهي: البقرة كالشاة، وقيل: هي بحيث لا يخاف عليها من ذئب ولا سبع؛ كالإبل، وبحيث يخاف عليها، ولا قرن بها كالشاة، وقيل: كالإبل على أي حال كانت.

الشَّيخ: لابن حبيب عن مُطَرِّف لواجد ضالة الدواب: ركوبها إلى موضعه لا في حوائجه، فإن فعل؛ ضمنها، وليس لحبسها هي، والماشية على حد اجتهاده وصبره عليها، وتقدم قول أشهب: يعرفها، ومثله للشيخ عن ابن القاسم.

وفيها: لمالك: إن اعترف الإبل ربها، وكان أسلمها؛ فعليه ما أنفق عليها، وإن تركها؛ فلا شيء عليه.

وسمع ابن القاسم: من أسلم دابته في سفر آيسا منها، فأخذها من عاشت عنده، وأنفق عليها؛ فلربها أخذها يغرم نفقتها لا أجر قيامه عليها.

ابن رُشْد: إن أسلمها على أن يرجع إليها، وأشهد على ذلك، أو لم يشهد، وتركها في أمن وكلأ؛ فله الرجوع فيها اتفاقًا، وإلا بقي تصديقه قولان لغير ابن وَهْب، وله وعلى الأول في يمينه قولان؛ وهما على أيمان التهم، وإن أسلمها على أنها لمن أخذها؛ فلا رجوع له فيها اتفاقًا، وإن أسلمها ولا نيَّة له؛ ففي حمله على أنها له، أو لمن أخذها قولان لهذا السماع، وقول ابن وَهْب، وقوله فيه: لا أجرة له في قيامها؛ لأنه إنما قام عليها لنفسه، ولو أشهد أنه إنما يقوم عليها لربها إن أخذها؛ لكان له ذلك، ولو لم يشهد، وادعى ذلك؛ لصدق على اختلافه، قيل: بيمين، وقيل: دون يمين.

وقول ابن شاس وابن الحاجب: ويلتقط الكلب يخص بالمأذون فيه، ويعلم كونه كذلك يعلم الملتقط حال ربه فيه، أو بغلبة صنعة الصيد، وإلا فلا لقولها في الضحايا: من قتل كلبًا من كلاب الدور مما لم يؤذن فيه لا شيء عليه؛ لأنه يقتل ولا يترك، وإن كان مأذونًا في اتخاذه؛ فعليه قيمته هذا وجه نقلهما، وفي اختصاصهما به نظر لقولها: من سرق كلبًا صائدًا، أو غير صائد؛ لم يقطع؛ لأنه ﷺ غرم ثمنه إلا أن يراعى درء الحد بالشبهة.

وسمع ابن القاسم: إن ماتت راحلته بفلاة، فأسلم متاعه، فحمله رجل لمنزله؛ أخذه بغرمه أجر عمله.

ابن رُشْد: هذا إن حمله بنيَّة حفظه ربه، أو على تملكه لإسلامه ربه، ولو كان حمله على وجه الاغتيال والتعدي؛ فلا كراء له، والقول قوله بيمينه في نيته في أخذه.

وسمع عيسى كـ قولها: ما لفظه البحر من متاع المسلمين لقطة ابن رُشْد: ما ألقوه بأيديهم لنجاة أنفسهم، قيل: هو لواجده كالدابة يسلمها في السفر على وجه الإياس منها على اختلاف تقدم فيه.

قُلتُ: سمع ابن القاسم: أن صاحبه أحق به، وعليهم أجر إخراجه لمن غاص عليه وأجر حمله.

اللخمي: أرى أن حمل المتاع على ربه وتركه على أن لا يعود إليه؛ فهو لمن أخذه ونقله؛ لأن ربه أباحه للناس مما تركه على أن لا يعود، وإن تركه ليعود إليه؛ فهو لربه ولحامله أجر حمله إلا أن يرجع ربه بدوابه لحمله؛ فلا أجر لحامله، والمتاع يؤخذ من البحر إن غرق بمرسى، ومن ربه ليعود لإخراجه؛ فهو له، وإن تركه على أن لا يعود، فهو لمخرجه وهو أبين مما تركه في البر؛ لأنه في البحر مالك كالشاة الذئب لها كالبحر للمتاع مع مشقة الغطس عليه مع الخوف على نفسه، وإن قذفه البحر فقتله؛ كان لربه؛ لأنه لم يخف فساده إن بقي؛ لم يكن لأحد أخذه، وإن خيف فساده كالمتاع؛ فعلى واجده نشره، ثم رفعه، ولو مر قوم بسفينة بمتاع قوم قد انكسروا وهو على الماء؛ كان عليهم رفعه إن كان سيرهم بريح لا يضرهم الإمساك لأخذه، وإن مروا بناس أحياء؛ فعليهم أن يحطوا لرفعهم، وفي حكم أخذ اللقطة اضطراب.

اللخمي: اختلف في أخذها:

روى العتبي: استحبابه في العين، وقولها في رد الكساء أحسن؛ كقول ابن شعبان ينبغي تركها.

ولمالك: لا أحب أخذها إلا ولها قدر.

وفيها: لا يأخذ آبقًا يجهل ربه؛ يريد: والإمام جائر.

وروى ابن القاسم: يستحق أخذه؛ يريد: إن عرف ربه.

قُلتُ: فيها: (من أخذ آبقًا رفعه للإمام يعرفه سنة وينفق عليه، وهو فيها أنفق عليه

كالأجنبي إن جاء ربه، وإلا باعه، وأخذ من ثمنه ما أنفق، وحبس بقيته لربه في بيت المال، ولا يطلق ليعمل ويأكل؛ لأنه يأبق ثانية).

قال: وتحصيلها أخذها مأمون كإمامه، ولها قدر بين من لا بأس من بهم مستحب، وبين غي مأمونين واجب، ومع إمام جائز ممنوع، والخوف أن يتملك مأموم بتركها.

وذكر ابن رُشْد الأولين، وقال في الثالث: الاختيار تركها، وأخذها بين قوم غير مأمونين، والإمام جائر مباح للزوم متعلق أحد الخوفين.

قُلتُ: هذا خلاف قول اللخمي ممنوع، وكلاهما مرجوح، والراجح أخذها؛ لأن ضرر أخذها غير الإمام أشد من أخذه إياها؛ لأنه معروض لاتباعه بها شرعًا، ورغبته في ردها شفيع، وهذا منفي في غيره لجهله، ورجاء رجوع ربها لها إن تركت كرجاء رجوعه قبل معرفة الإمام بها.

ابن رُشْد: فما وسع بها ربها، ويطلبها بين مأمونين في أفضليَّة أخذها أو تركها روايتان، وبين غيرها اتفاقًا، واليسيرة مما لا يطلبها ربها لا يلزم تعريفها، وله أكلها أو الصدقة بها.

ابن زرقون: في أفضليَّة ترك اللقطة أو أخذها ثالثها: هذا فيما له بال.

لابن شعبان مع ظاهر في رد الكساء وآخر قولي مالك وثانيهما.

قُلتُ: ورابعها: أفضليته في العين فقط لابن القاسم.

وفيها: مع سماع ابن القاسم: من التقط ثوبًا يظنه لقوم يراهم فسألهم، فقالوا لنا: فرده حيث وجده لا بأس به.

ابن القاسم: إن كانت عينًا، فأخذها أحب إلي.

ابن رُشْد: معناه: لا ضمان عليه إن فعل، والاختيار أن لا يفعل كقوله في العين: إذ لا فرق بينها وبين الثوب.

قُلتُ: يرد وبوضوح خفة الحفظ في العين دون الثوب، ولما يلزم من تفقده.

قال: ومعناه: في أخذه لا على وجه الالتقاط، ورده بالقرب، ولو أخذها عليه فردها؛ ففي ضمانه إياها، ولو بمحلها بالقرب، ونفيه إن ردها به، ولو بالبعد قولا ابن

القاسم وأشهب قائلاً: يقبل قوله في ردها به بيمينه.

قُلتُ: وثالثها: إن ردها إليه بالقرب؛ لم يضمن .

لعياض عن فهم بعضهم قول ابن القاسم فيها قائلاً: إليه نحا اللخمي، وهي بيد ملتقطها كوديعة فيها، ولا يتجر باللقطة في السنة ولا بعدها؛ كالوديعة، وإن ضاعت بيده؛ لم يضمنها، وإن قال ربها: أخذتها لتذهب بها، وقال: ملتقطها؛ بل لأعرفها؛ صدق في سماع ابن القاسم : قال سَحنون: قلت له: إن دفع ما التقطه إلى مثله في الأمانة فضاع؛ لم يضمنه، فلم يرد عليه ابن رُشْد شيئًا، ونقلها اللخمي على أنه دفعها لمن يعرفها مأمونًا لا يقيد كون مثله في الأمانة، وكذا التونسي: وفي إلغائهما المثليَّة نظر إن كان دفعها اختيارًا.

وظاهر لفظ الباجي: اعتبار المثليَّة؛ قال: قال ابن القاسم: لو دفعها لغيره ليعرفها وهو مثله في الأمانة؛ لم يضمنها؛ لأن ربها لم يعينه لأمانتها بخلاف الوديعة.

قال ابن كنانة: وكذا لو قال له: اعمل بها ما شئت؛ يريد: وأعلمه أنها لقطة.

قال: وفي قبول قوله: ضاعت دون يمين قولا ابن القاسم والقرينين.

ولأشهب: لو قال ربها: أخذتها لتذهب بها، وقال: لا أعرفها؛ فلا يمين عليه.

قُلتُ: الأظهر كحكم دعوى الغصب ينظر لحال المدعى عليه.

قال ابن الحاجب: وهي أمانة ما لم ينو اختزالها، فيصير كالمغصوب.

قال ابن عبد السلام: إن حدثت هذه النيَّة بعد التقاطه؛ جرى ذلك على تبدل النيَّة مع بقاء اليد.

قُلتُ: يرد بأن القول: بلغو أثر النيَّة؛ إنما هو مع بقاء اليد ،كما كانت لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب؛ لتأثير النيَّة، ويد الملتقط السابقة عن نيَّة الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف، أو الغرم عليه، وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك، فصار ذلك كالفصل، فيجب الضمان اتفاقًا.

وفيها: من التقط عينًا أو حليًا أو عرضًا أو شيئًا من متاع أهل الإسلام؛ فليعرفها سنة.

اللخمي: إن ترك تعريفها سنة، وعرفها في الثانية، فهلكت؛ ضمنها، وإن هلكت في الأولى؛ ضمنها إن بان أن ربها من أهل الموضع الذي وجدت فيه، وإن كان من غيره، وغاب قرب ضياعها، ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه؛ لم يضمن.

وفيها: يعرف بها حيث وجدها، وعلى أبواب المسجد، وحيث يظن وجود ربها أو خبره، ولا يتوقف على أمر الإمام.

وسمع القرينان أيعرف لها في المساجد؟

قال: لا أحب رفع الصوت في المساجد، ولو مشى إلى الحلق في المساجد يخبرهم بها وجد، ولا يرفع صوته؛ لم أر به بأسًا.

الباجي: روى ابن نافع: يعرفها كل يومين أو ثلاثة، وكل ما تفرغ ليس عليه ترك حوائجه لتعريفها.

اللخمي: اختلف عن مالك في تسمية جنس اللقطة في تعريفها: وتركه أحسن.

الباجي: روى ابن نافع: لا يريها أحدًا، ولا يقل من يعرف: دنانير أو دراهم أو حليًا أو عرضًا.

اللخمي: وهو مخير في أربع تعريفها بنفسه، ورفعها للإمام لإجازته في المَدَوَّنة ذلك، وأجاز ابن القاسم في العتبيَّة: دفعه إياها لمأمون يعرفها.

وأجاز ابن شعبان: أن يستأجر عليها منها؛ يريد: إن لم يلتزم تعريفها، أو كان مثله لا يلي ذلك.

قُلتُ: ظاهر قولها: أو كان مثله لا يلي ذلك؛ أن له ذلك، ولو التزم تعريفها، وليس كذلك لا فيمن التزم شيئًا؛ لزمه مطلقًا.

وتبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: (ثم أجرة تعريفها) منها: إن كان ممن لا يعرف مثله.

وظاهر لفظ اللخمي: أجاز ابن شعبان أن يستأجر عليها منها أنه، ولو كان ممن يلي ذلك إذا لم يلتزمه.

ولفظ ابن شعبان في الزاهي ما نصه: وعلى رب اللقطة ما لزمها من أجرة حمل

ومنزل وعلف ومؤنة، فإن عجز الملتقط عن القيام بها؛ فاستأجر عليها من يقوم بها، فذلك على ربها، وإن ولي القيام بها بنفسه؛ فلا أجر له لو شاء لم يأخذها، وقيل: ذلك كأجر الآبق إن كان ممن يصف نفسه لذلك؛ وجب له حق القيام للجمع على أرباب الأموال، وإن كان من غيرهم؛ فلا شيء له، وبالأول أقول.

اللخمي: إن وجدها في طريق بين مدينتين عرفها فيهما.

قُلتُ: ظاهر أقوالهم: عدم أمر الملتقط بإشهاده باللقطة قبل تعريفها.

قال ابن العربي: وفي العارضة: لا يلزم الإشهاد بها، وألزمه الشافعي في أحد أقواله.

وفي المقدمات: هو مستحب غير واجب.

قُلتُ: وظاهر كلام الموثقين: أمره بذلك بعد السنة إن لم يعرف بها، ومقتضى المذهب في الأمر بالوصية ندبه لإشهاده بها قبل التعريف خوف موته، ومال إليه ابن العربي في العارضة، وينبغي في إشهاده بها قبل التعريف أن يقول: اللقطة قيمتها كذا وكذا دينارًا أو دراهم، وفي ذكره جنسها قولا مالك المتقدمان، ولفظ ابن فتوح في إشهاده بها بعد السنة: أنه أشهد في صحته أنه التقط صرة فيها كذا وكذا دينارًا أو دراهم بداخل درب، وبموضع كذا في شهر كذا، وإشهاده بها في صحته؛ يوجب إنفاذها مطلقًا.

ابن العربي: روي عن مالك: إن لم توجد في تركته؛ ضمنها، واعترافه بها في مرض موته يوجب إنفاذها إن ورثه ولد، وإلا فهو لغو.

الجلاب: إن مضت السنة. ولم يأت طالبها؛ فهو بالخيار إن شاء أنفقها، أو تصدق بها، وضمنها أو حبسها ليأتي ربها.

اللخمي: إن كانت عينًا؛ ففي جواز استمتاعه بها مطلقًا؛ ليضمنها لربها، وقصره على إبقائها، أو الصدقة بها على تخيير ربها، ففي فدائها وغرمها لربها ثالثها: إن كان غنيًا، ورابعها: إن قلت: وهو فقير لابن القاسم فيها، وقول مالك فيها: لا أحب أن يأكلها مع قول ابن القُصَّار يكره أكله إياها فقيرًا أو غنيًا، وابن شعبان مع أشهب، وابن وَهْب

في العتبيَّة.

قُلتُ: ذكر ابن رُشْد هذه الأقوال الأربعة، وعزا الأول للشافعي لا لأحد من أهل المذهب.

ابن العربي: لم أجد لأحد من المسلمين خلافًا في ضمانها مستنفقًا لربها.

قُلتُ: في معلم المازري: اختلف الناس في غرامة ملتقطها إن أكلها، ثم جاء ربها، فعندنا يغرمها، وقال داود : لا غرامة عليه، وله بيع الحيوان والآبق بعد الحول؛ لكلفته والطعام، ويخشى فساده يباع، ولو قبل السنة، وإن لم يخش فساده بعدها؛ ففي جواز بيعه قولا ابن القاسم وأشهب.

قال في أول سماع ابن القاسم: إن وجدها ربها بيد ملتقطها بحالها؛ فلا كراء له في استعماله إياها لقوله ﷺ: **«فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»**[1].

قُلتُ: فتصرفه فيها بالصدقة على تخيير ربها جائز اتفاقًا، وينبغي تقييده بعدم فلسه بها غالبًا، ولا بتمليكها ملكًا يرفع غرمها إن قدم ربها اتفاقًا.

قال الباجي: في البخاري: أنه ﷺ قال: **«عرفها سنة، ثم عرف وكاءها وعفاصها، ثم استنفق بها، فإن جاء ربها، فأدها إليه»**[2]، فمن استنفقها بعد التعريف؛ فلا إثم عليه، ومتى أتى ربها؛ أدى إليه.

قُلتُ: انظر قوله: لا إثم عليه هل معناه الإباحة، وهو ظاهر سياق كلامه، أو نفي الحرمة الأعم؟

منها: ومن الكراهة؛ لأن المكروه لا إثم في فعله، فإن حمل على الإباحة؛ فهو ظاهر خلاف قولها: ولا يتجر باللقطة في السنة، ولا بعد السنة كالوديعة.

---

(1) أخرجه البخاري: 1/168 في العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، ومسلم: رقم (1722) في اللقطة، باب في فاتحته.

(2) أخرجه البخاري: رقم (5761)، كتاب الأدب باب ما يجوز من الغضب والشدة لأمر الله، ومسلم رقم: (1722) أول كتاب اللقطة.

عياض: له استنفاقها بعد السنة على وجه السلف، وقيل: ليس له ذلك إلا أن يكون له وفاء بها، وهو صحيح.

الباجي عن ابن وَهْب: إن مات مستنفقها، ولا شيء له عنده؛ فهو في سعة، وهذا حكم كل لقطة إلا بمكة لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة، وعلى صاحبها تعريفها أبدًا لقوله ﷺ: **«لا تحل ساقطتها إلا لمنشد»**(1).

ابن زرقون: كذا قال اللخمي: وتبعهما ابن رُشْد ولابن القُصَّار عن مالك لقطة مكة كغيرها خلافًا للشافعي قال: وإنما جاء الحديث: **«لا تحل لقطتها إلا لمنشد»**(2) تأكيدًا للإعلام بسنة اللقطة؛ لكثرتها بمكة.

قُلتُ: قال المازري: حكم لقطة مكة؛ حكم لقطة سائر البلاد.

وقال الشافعي: لقطة مكة بخلاف غيرها لا تحل إلا لمن يعرفها تعلقًا بالحديث، ومحمله على أصلنا على المبالغة في التعريف؛ لأن ربما يرجع لبلده، وقد لا يعود إلا بعد أعوام.

قُلتُ: ما ذكره موجهًا للمذهب حجة عليه لا له حسبما يأتي للخمي.

عياض: قول مالك وأصحابه: أن لقطة مكة كغيرها.

قُلتُ: ظاهر قول ابن زرقون، وكذا قول اللخمي وابن رُشْد أنهما قالا كقول الباجي، وليس الأمر كما قاله عن اللخمي؛ لأن ظاهر لفظ الباجي أن ما ذكره هو المذهب عنده، ولفظ ابن رُشْد أقوى منه؛ لأن لفظه لقطة مكة لا يحل استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرفها أبدًا، وأما اللخمي فلم يذكره على أنه المذهب؛ بل على أنه اختاره ولفظه.

قال ابن القُصَّار: حكم اللقطة في الحرة وغيره سواء.

(1) أخرجه البخاري: 1/183 و184 في العلم، باب كتابة العلم، ومسلم: رقم (1355) في الحج، باب تحريم مكة وصيدها.

(2) أخرجه البخاري: 4/40 في الحج، باب لا ينفر صيد الحرم، وباب فضل الحرم، ومسلم: رقم (1353) في الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام.

قال أبو حنيفة والشافعي، فذكر ما تقدم، وقال: هو أبين للحديث والقياس، فذكر الحديث من الصحيحين قال: فلو كانت لغيرها؛ لم يكن للحديث معنى، وأما القياس؛ فلأن غالب من حج عدم رجوعه لمكة في عامه؛ بل بعد عشر سنين، فلم يكن مرور السنة دليلاً على الإياس من ربها، وتبع ابن عبد السلام ابن زرقون في عزوه ما للباجي واللخمي وابن رُشْد.

وزاد ابن العربي: ويرد عزوه ذلك لابن العربي بما رد العزو للخمي؛ لأن لفظه في القبس: قال مالك: لقطة مكة كسائر اللقط، ويتكلم علماؤنا والاحتجاج له، والانفصال عن الحديث، ولا أرى مخالفة الحديث، ولا تأويل ما لا يقبل.

قُلتُ: والانفصال عن التمسك بالحديث على قاعدة مالك في تقديمه العمل على الحديث الصحيح حسبما ذكره الصقلي في كتاب الأقضية، ودل عليه استقراء المذهب واضح، ولقطة ما لا يبقى من الطعام يسيرًا فيها أحب إلي أن يتصدق به، فإن تصدق به أو أكله؛ لم يضمنه.

ابن رُشْد: لقوله ﷺ: وقد مر بتمرة في الطريق لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها.

قُلتُ: وكذا ذكره اللخمي، ولفظ الحديث خلاف ما ذكراه.

روى البخاري عن أنس بن مالك: قال: مر النبي ﷺ بتمرة في الطريق فقال: **«لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»**[1].

وفي المقدمات: ما قل، وله قدر ومنفعة، وشح ربه، ويطلبه يعرف اتفاقًا، وفي تعريفه سنة أو أيامًا قولان لظاهر روايتها، وسماع عيسى ابن وَهْب مع رأي ابن القاسم فيها.

وسمع ابن القاسم: لقطة مثل المخلاة والحبل والدل،و وشبه ذلك إن وجد بطريق وضع بأقرب موضع إليه، وإن كان بمدينة انتفع، وعرف به، والصدقة به أحب إلي، فإن جاء ربه؛ فهو على حقه، فذكر ابن رُشْد ما تقدم.

---

(1) أخرجه البخاري: 4/ 251 في البيوع، باب ما يتنزه من الشبهات، وفي اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق، ومسلم: رقم (1071) في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وآله.

قال: وسماع أَصْبَغ ابن وَهْب: هو في الدريهمات والدينار أنه يعرف أيامًا، وما قل ولا يطلبه ربه عادة.

لابن رُشْد في رسم طلق من سمَاع ابن القاسم: هو لمن وجده ليس عليه تعريفه، وإن شاء تصدق به.

وفي المقدمات: يعرفه، فإن لم يفعل؛ فأرجو كونه خفيفًا.

قُلتُ: سمع القرينان: واجد العصا والسوط أيعرف ذلك؟.

قال: لا يأخذه قيل قد أخذه، قال: يعرفه فإن لم يعرف؛ فأرجو خفته.

ابن رُشْد: معناه: انتفاعه به على وجه التملك له ما لم يجد ربه خفيفه، وإن أبى الانتفاع عليه، وهذا في اليسير الذي لا قيمة له، وتعريفه غير واجب، فقوله: يعرفه؛ يريد على وجه الاستحباب، وما له قدر من الطعام، لا يبقى ويخشى فساده.

اللخمي: إن وجد في غير عمارة ولا رفقة جماعة؛ أكله ولم يضمنه.

الباجي عن مُطَرِّف: أكله أفضل من طرحه اللخمي إن وجد بعمران أو حاضرة؛ فللمالك يتصدق به أعجب إلي، وإلا يضمنه بأكله، والتافه كغيره مُطَرِّف يتصدق به، ولا يضمنه، وإن أكله؛ ضمنه أشهب يبيعه ويعرف به، وما بقرب العمران كالعمران، وأرى فيما لا يطلبه ربه غالبًا أن لا شيء عليه أكله أو تصدق به، وأما الغالب طلبه على واجده حفظه إبقائه على ملك ربه.

وفي المقدمات: ما كثر، ويخشى تلفه كشاة الفيفاء، والطعام الذي لا يبقى لواجده أكله، ولا شيء عليه، ولو كان عينًا، ولو وجده بحاضرة، وحيث الناس؛ ففي غرمه، ولو تصدق به ونفيه، ولو أكله ثالثها: إن أكله لظاهرها قول أشهب، وظاهر قولها وابن حبيب.

قُلتُ: فعمم اللخمي الأقوال في اليسير والكثير، واختار التفرقة بينهما، وخص ابن رُشْد الأقوال بالكثير.

وفي النوادر: قال مالك: إن التقط طعامًا في الفيافي، فحمله للعمران باعه، ووقف ثمنه لربه، فإن أكله بعد قدومه للعمران؛ ضمنه.

وفيها: من وجد ضالة الغنم قرب العمران عرف فيها في أقرب القرى إليه، وإن وجدها بالفلاة والمهامه؛ أكلها، ولم يعرف بها، ولا يضمنها لربها لقوله ﷺ: **«هي لك أو لأخيك أو للذئب»**[1].

أبو عمر: وقال الطحاوي: ولم يوافق مالكًا أحد على قوله: أكلها في موضع تخوف لا يضمنها، واحتجاجه بالحديث لا معنى له؛ لأن قوله: هي لك ليس على معنى التمليك كقوله: أو للذيب، والذيب لا يملك، وإنما يأكلها على ملك ربها، فكذا واجدها يأكلها على ملك ربها إن جاء؛ ضمنها له.

قال أبو عمر: وقال مالك من اضطر إلى طعام غيره فأكله؛ ضمنه، والشاة الملتقطة أولى بذلك، وأجمعوا أن ربها لو جاء قبل أكلها واجدها أخذها أو ما وجده منها، ولا فرق بين قوله ﷺ: هي لك، وبين قوله في اللقطة: فشأنك بها، فهذه أشبه للتمليك، والإجماع على أن مستهلكها بعد السنة يضمنها لربها لو جاء بعد السنة يضمنها لربها، فالشاة أولى بذلك.

وقال سَحنون في العتبيَّة: إن أكلها واجدها بالفلاة، أو تصدق بها؛ ضمنها.

قُلتُ: ما ذكره عن سَحنون قبله ابن عبد السلام وهو وهم، ليس في العتبيَّة شيء من ذلك، وإنما لسَحنون في العتبيَّة ضمانه فيما يجب عليه فيه التعريف حسبما يأتي بعد كلام اللخمي قال: إن وجدها على بعد وحده، أو مع من لا يشتريها؛ فله أكلها وهبتها، ولا يغرمها لربها، وإن نقلها الحضر بعد ذبحه إياها؛ فله أكلها.

أَصْبَغ: وإن كان غنيًا، وجلدها مال له؛ ولا غرم عليه إلا أن يأتي ربها وهي بيده؛ فهو أحق بها؛ يريد: ويغرم أجر نقلها.

قُلتُ: فيه نظر؛ لأنه إنما نقلها لنفسه، قال: ولو قدم بها حيَّة كانت لقطة، والقياس أن لا شيء لربها فيها؛ لأنه نقلها بعد أن ساغ له ملكها، ولو ذلك لما نقلها.

---

(1) أخرجه البخاري: 1/168 في العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، ومسلم: رقم (1722) في أول كتاب اللقطة.

قُلتُ: المملوك له منها الانتفاع بها لا ملكها.

قُلتُ: كله هذا قول أَصْبَغ في العتبيَّة.

قال ابن رُشْد: تعقب التونسي قول أَصْبَغ: إذا قدم بها حيَّة، وقال الأصوب: عدم أكله إياها، وأن يبيعها ويوقف ثمنها؛ لأن الإباحة كانت حيث لا ثمن لها، وهو صحيح.

قُلتُ: مثله تقدم عن النوادر في الطعام: يجده في الفلاة، فيأتي به العمران.

قُلتُ: ففي ملكه: الشاة يجدها في الفلاة، فيأتي بها العمران، ولو قدم ربها وبقائها على ملكه ثالثها: إن أتى بها مذبوحة.

للخمي والتونسي وأَصْبَغ، وفي العتبيَّة لسَحنون: من اختلطت بغنمه شاة؛ لم يجد ربها كانت لقطة يتصدق بها، ويضمنها لربها، وشربه لبنها خفيف؛ لأنه يرعاها ويتفقدها.

ابن رُشْد: له من شرب لبنها قبل قيامه بها، وما زاد عليه كلقطة طعام يفرق بين قليله وكثيره.

قُلتُ: هذا هو الموجود لسَحنون في العتبيَّة، لا ما تقدم من نقل أبي عمر عنه ابن رُشْد قول سَحنون: يضمنها لربها إن تصدق بها كقول مالك في سماع أشهب من رسم الأقضية خلاف قوله في رسم الأقضية الثاني منه قال فيه: لا يضمن ثمنها إذا تصدق به بعدما بلغ ما عليه فيها.

ابن رُشْد: إن كان ملتقطها فاجرًا؛ لم يصدق في صدقته بها، وعليه غرمها، وإنما القولان في غرم غير الفاجر ثمنها إن تصدق لرواية مُطَرِّف عن سَحنون، وسماع أشهب مع رواية ابن عبد الحكم، وفي أكله جواز إياها؛ ليضمنها رواية ابن عبد الحكم مع رواية مُطَرِّف بخلاف لقطة العين، ورواية غيرهما.

اللخمي في المبسوط: لمالك: إن كان لملتقطها غنم؛ ضمها إليه سنة أو أكثر، ولا شيء عليه في حلابها إن ذبحها قبل السنة لخوف عليها، ولا ثمن للحمها؛ لم يضمنها وإلا ضمنها، وعلى قوله: إن مضت السنة؛ جاز له أكلها إن لم يجد من ، وهذا أحسن في

الشاة والشاتين؛ إذ لا مشقة في ضمها لغنمه، وإن شق حفظها لكثرتها؛ فله أكلها إن لم يجد من يشتريها، وإن وجدت قرب قرية؛ عرف بها فيها فإن أكلها وتبين أنها لأهل تلك القرية؛ ضمنها، وإن بان أنها لغيرهم؛ ففي ضمانه إياها رواية الواضحة، وقول أشهب: وإن وجدها بين قريتين إحداهما أقرب؛ ففي وجوب تعريفها فيهما، وقصرها على القربى قولان للتخريج على رواية الواضحة مع التخريج على اللقطة كذلك، ومفهوم متقدم قولها: إن وجدها بفلاة أكلها، والتخريج على قول أشهب مع مفهوم قولها عرفها في أقرب القرى إليه.

وسمع القرينان: نتاج الضالة مثلها ولبنها عسى أن يأكل منه.

ابن رُشْد: لا فرق بينها وبين نتاجها، وخفف أكل لبنها؛ يريد: بقدر قيامه عليها؛ لأنه كالوصي في مال يتيمه، والزائد على ذلك ماله قد ينتج به ربه كلقطة، وما لا ينتج به أكله.

قُلتُ: هو ظاهر قول سَحنون في نوازل: له من اختلطت بغنمه شاة، فلم يجد ربها شربه لبنها خفيف؛ لأنه يرعاها ويتفقدها.

أبو عمر: وروى ابن وَهْب: لا يأكل واجد ضالة الغنم حتى يعرف بها سنة، وبيع صوفها ولبنها، ويرفع الثمن لربها، ولا يصيب من نسلها ولبنها بنحو قيامه بها، وإن كانت تيسًا؛ فلا بأس بتركه ينزو على غنمه ما لم يفسده ذلك الشَّيخ.

وفي موضع آخر لابن نافع عن مالك: من وجد شاة بفلاة من الأرض أرى أن يحبسها مع غنمه، ولا يأكلها بعد سنة أو أكثر وله حلابها لا يتتبع به إن شاء ربها.

قُلتُ: ظاهر قوله: حلابها؛ أن له سمنها.

ولابن حبيب عن مُطَرِّف: لبنها وزبدها؛ حيث له ثمن بياعات، وثمنها كثمنها، وإن كان له بها قيام وعلوفة؛ فله قدر ذلك، وإن كان بموضع لا ثمن له بها، وأما الصوف والسمن؛ فليتصدق به أو بثمنه.

قُلتُ: فنسل الضالة وصوفها مثلها؛ فليأكله.

وفي كون لبنها وزبدها وسمنها؛ حيث له ثمن كذلك، وجواز أكل ملتقطها من

ذلك بقدر قيامه بها ثالثها: هذا في غير سمنها، ورابعها: يأكل الثلاثة مطلقًا لأبي عمر عن رواية ابن وَهْب، وظاهر نقل ابن رُشْد مع سمَاع القرينين، والشَّيخ عن مُطَرِّف، ونقله مع اللخمي، ورواية ابن نافع، وتقدم نقل اللخمي عن المذهب: مؤاجرة الحمل والبقرة، وسائر الدواب في مأمون لنفقتها، وعزاه الشَّيخ لمُطَرِّف في البقر مع قوله: له أن يركب ضالة الدواب لموضعه لا في حوائجه، فإن فعل؛ ضمنها، وليس لقدر حبسه إياها، والمواشي حد إلا باجتهاده وصبره

قُلتُ: يريد في السنة حسبما تقدم للخمي، قال: وفي متولي بيعها اختلاف لمالك من المختصر؛ إنما يتولى بيع الضالة الإمام.

مُطَرِّف: هو أحب إلي إن أمن إلا فيما خف كثلاث شياه وشبهها.

ابن القاسم: إن باعها دون أمر الإمام؛ فليس لربها إلا ثمنها، وإن لم تبت.

أشهب: له أخذها إن قدر عليها، وإلا فثمنها إن بيعت خوف ضيعتها، وإلا فالأكثر منه أو من قيمتها.

قال ابن الحاجب: وله بيع ما يخاف ضيعته بغير إذن الحاكم بخلاف ما لا مؤنة في بقائه.

ابن عبد السلام: يعني: أن يلتقط اللقطة كالوكيل على النظر في أمرها إن خشي ضيعتها باعها دون إذن الحاكم، وهو ظاهر المدَوَّنة وغيرها.

وقال أشهب: إن بيعت بغير إذنه بعد السنة؛ فلربها نقض البيع، وإن لم يقدر عليها؛ فلا شيء له غير الثمن إن باعها خوف الضيعة، وإن باع الثياب ولا مؤونة في بقائه ولا ضرورة لذلك؛ فلربه أخذه إن وجده بيد مبتاعه، وإن لم يجده؛ فلربه إن شاء الثمن من بائعه، أو القيمة يوم بيعه، وإن بيع بأمر السلطان؛ مضى البيع، وليس لربه إلا الثمن، فجعل المؤلف ابن القاسم موافقًا فيما لا مؤونة في بقائه مع أنه من كلام أشهب وحده، ويحتمل أن يخالفه فيه ابن القاسم، وأسقط من كلام أشهب ما لا يشك في مخالفة ابن القاسم فيه: له.

قُلتُ: جعله المبيع في كلام ابن الحاجب اللقطة غير صحيح؛ بل هو ضالة البقر،

وما ذكر معها إلا اللقطة لسياق كلامه، وذكره هذا أثناء ذكره حكم الضالة، وذكره حكم بيع اللقطة بعد هذا، وفيه ذكر أشهب، ولأن خوف الضيعة إنما يعرض عادة في الضالة لا اللقطة حسبما تقدم للخمي من قوله: إذا أخذت البقر، وسائر الدواب عرفت عامًا إن تكلف أخذها حفظها، ولم يضر ربها؛ لنفقتها من أجرتها في مأمون، وإلا بيعت، ونحوه قول الصقلي.

قال بعض الفقهاء: إن كان لا عمل لها، وكانت النفقة عليها سنة يستغرق ثمنها؛ فلتبع قبل السنة بعد اجتهاد الحاكم؛ لأن ذلك أنفع لربها.

وقوله: وهو ظاهر المَدَوَّنة يقتضي أن بيع اللقطة خوف ضياعها مذكور في المَدَوَّنة، وليس كذلك؛ إنما فيما ذكر ذلك في بيعها بعد السنة.

وقوله: يجعل المؤلف قول ابن القاسم موافقًا لما لا مؤونة في بقائه مع أنه من كلام أشهب وحده، ويحتمل أن يخالفه فيه ابن القاسم، وأسقط من كلام أشهب... إلخ؛ يقتضي أن ابن الحاجب صرح بالعزو لابن القاسم، وأنه ذكر لأشهب شيئًا أسقط منه بعضه، وليس في نسخ ابن الحاجب شيء من ذلك.

وقوله: فجعل ابن القاسم موافقًا فيما لا مؤونة في بقائه مع أنه من كلام أشهب وحده.

ويحتمل أن يخالفه فيه ابن القاسم يرد بنقل الشَّيخ في النوادر ما نصه: قال ابن القاسم: إذا باع الدواب بعد السنة؛ فلربها نقض البيع، وإن لم يقدر عليها؛ فلا شيء له غير الثمن إن باعها خوفًا من الضيعة عليها، وإن باع الثياب، ولا مؤونة في بقائه؛ فربه أحق به إن وجده بيد المبتاع، وإن لم يجده؛ فله أخذ الثمن من البائع أو القيمة يوم بيعه إذا لم يبعه بأمر السلطان، ولا لضرورة.

فيها: إما أنفق على الدواب، أو ما التقط من رقيق أو إبل؛ كان أسلمها ربها أو بقر أو غنم، أو متاع أحرى على حمله بأمر السلطان أو دونه؛ فلا يأخذه حتى يدفع ما أنفق عليه، فإن أسلمه ربه؛ فلا شيء عليه.

وفي رهونها: والمنفق على الضالة أحق بها من الغرماء حتى يستوفي.

الشَّيخ: في كتاب أشهب: وغيرها لرب الدواب والماشية أخذها وإسلامها، فإن أسلمها، ثم بدا له؛ فليس له ذلك، وكذا في الآبق إن أنفق عليه، فإن كان على ربه غرماء؛ لا وفاء لهم بدينهم، فإن بان فلسه؛ فلا كلام له، والخيار لغرمائه على النظر إن أسلموا نفقته؛ فلا قول لربه، إلا أن يكون في افتدائه زيادة؛ فذلك له إن شاء، وأدوا ذلك من ماله، وإن كان في افتدائه ضرر؛ فله إسلامه، ولا قول لهم، إلا أن يضمنوا ما وضعوا فيه، وله ما ربحوا فيه.

القرينان: إذا عرفت الدابة؛ فلم تعرف؛ خليت حيث وجدت، وكذا الآبق إذا عرف، فلم يجد من يعرفه يخليه؛ خير من بيعه، فيهلك ثمنه، ويؤكل أو يطرح في السجن؛ فيقيم، ولا يجد من يطلبه.

ابن رُشْد: تسويته بين الضالة والآبق في الإرسال إن عرفوا، فلم يعرفوا خلاف قوله فيها: يحبس الآبق سنة ثم يباع؛ والظاهر أنه اختلاف قول، وعليه حمله الشُيُوخ، والأولى حمله على الوفاء، فيحمل على إن خيف ضيعته في السجن بغير نفقة، وتلف ثمنه إن بيع أرسل، وإن لم يخف شيء من ذلك؛ كان بيعه بعد السنة، وإمساك ثمنه أولى، والاختلاف فيه عند من حمله عليه؛ إنما هو إذا خشي ضياعه في السجن، وتلف ثمنه إن بيع بناء على أن الخوفين أشد، وإن لم يخش واحد منهما؛ فلا يرسل اتفاقًا، ولو أمن ضياعه في السجن، وخشي على ثمنه إن بيع سجن سنة ليعرف، فإن لم يعرف؛ سرح، ولم يحبس أكثر من سنة، ولو أمن على ثمنه إن بيع وخشي ضياعه في السجن؛ وجب بيعه ووقف ثمنه.

ويستحق اللقطة بالبينة على ملكها مدعيها أو تقدم اختصاص في سرقتها إن عاينت البينة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو؛ فلا تشهد بملكه لرب البيت، ويؤدون ما عاينوا، ويقضى لرب البيت بالمتاع، وكذا في غصب الثوب، وبيعه ممن عرض تفليسه في القضاء به لهما، وبوصفه إياها بالصفة الدالة على صدقه، فمعرفة العفاص والوكاء والعدد والوزن والسكة دليل اتفاقًا.

وفي اعتبار بعضها اضطراب: اللخمي: اختلف فيما يستحق به فيها بمعرفة

العفاص والوكاء لابن القاسم وأشهب بمعرفتها ومعرفة العدد.

ابن شعبان: بمعرفة الأولين، وما شد عليه الوكاء؛ يريد: العدد والسكة في الدنانير، وهي والوزن في الدراهم.

قُلتُ: في تفسير العفاص والوكاء اختلاف:

ابن عمر: أجمعوا أن العفاص الخرقة المربوط فيها؛ وهي لغة ما يسد به فم القارورة، والوكاء الخيط الذي يربط به.

وعزا الباجي هذا التفسير لابن القاسم، قال: وقال أشهب: العفاص الرباط، والوكاء ما فيه اللقطة.

والأول أصح؛ لقوله ﷺ: **«اعرف عددها ووكاءها ووعاءها»**[1]، فجعل بدل العفاص الوعاء.

وفي اقتصاره في العزو لها على معرفة العفاص والوعاء نظر؛ لأن فيها أيلزم دفعها لمن وصف عفاصها ووكاءها وعددها؟.

قال: لم أسمع من مالك فيها شيئًا، ولا شك أنه وجه الشأن، وتدفع إليه، فهذا ظاهره اعتبار العدد خلاف نقل اللخمي عنها، وعلى هذا اللفظ اختصرها البراذعي.

وفيها بعد هذا: إن وصف عفاصها ووكاءها وعددها، ثم جاء آخر، فوصف مثل ما وصف الأول، أو أقام بينة أن تلك اللقطة كانت له؛ لم يضمنها له، لأنها دفعها بأمر كان وجه الدفع فيه، كذا جاء في الحديث: اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة[2]، فإن طالبها أخذها ألا ترى أنه إنما قيل له: اعرف العفاص والوكاء، ففي اقتصار اللخمي على هذا، والبراذعي على الأول قصور.

---

(1) أخرجه البخاري: 5/56 و57 في اللقطة، باب إذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، ومسلم: رقم (1723) في أول كتاب اللقطة.

(2) أخرجه البخاري: 1/168 في العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، ومسلم: رقم (1722) في اللقطة، باب في فاتحته.

قال اللخمي: ولأشهب: إن عرف العفاص والوكاء دون العدد، أو عرفها دون الوكاء، أو عرف الوكاء فقط؛ أجزأه ويحلف، فإن نكل؛ لم تدفع له، ولا يقبل رجوعه للحلف، فاكتفى بالوكاء، وعليه يكتفى بالعفاص أو العدد، وهو خلاف الحديث، وعادة الناس في معرفة ذلك، وتدفع له بمعرفة الباطن السكة والعدد.

الباجي: المراعى عند ابن القاسم وأشهب العفاص والعدد، وعند أَصْبَغ الأولان فقط.

وفي المقدمات والبيان: لا يضر جهل العدد.

الباجي: قال سَحنون: لا تستحق بمعرفة سكتها فقط حتى يذكر علامة أخرى.

قال يحيى بن عمر: لم يتبين لي قوله، وأرى إن اشترطها سَحنون.

قُلتُ: اشترط سَحنون مطلق زيادة، واشترط سَحنون زيادة خاصة متعلقة بجرم المسكوك. صح.

والمطلق غير المقيد: فلو ذكر السكة والوكاء فقط استحقها على قول سَحنون، لا على قول يحيى.

ونقل اللخمي قول سَحنون بلفظ: إن ذكر سكة الدنانير؛ لم يعطها بذلك حتى يذكر علامة أو شقا.

وفي بعض نسخ اللخمي: أو شيئًا بياء وهمزة بعد الشين بدل قاف بعدها، فقوله: أو شيئًا بعد علامة خلاف فرض الباجي الزيادة على علامة.

ولفظها في النوادر من كتاب ابن سَحنون: إن وصف سكة دنانير اللقطة؛ لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير السكة من أثر أو شق غير السكة، ثم ذكر قول يحيى بن عمر كما ذكره الباجي.

وقال اللخمي إثر قول سَحنون: وقال يحيى بن عمر: يأخذه بذلك؛ يريد: إذا كانت دنانير البلد سككًا، فإن كانت سكة واحدة؛ لم تدفع إليه قولاً واحدًا.

وقال الباجي إثر قولها: وهذا إذا كانت تلك سكة البلد، ولو ذكر سكة شاذة غير

معروفة؛ دفعت إليه.

قُلتُ: ففي كون أدنى ما به تستحق معرفة الوكاء مع يمينه، أو أحد الثلاثة هذا والعفاص والعدد ثالثها: السكة مع علامة أخرى، ورابعها: السكة مع علامة في المسكوك، وخامسها: مطلق السكة مع ذكر نقص المسكوك إن كان ينقص، وسادسها: مطلق السكة إن كان بالبلد سكة أخرى، وسابعها: مطلق السكة إن كانت غير سكة البلد، وثامنها: العفاص والوكاء، وتاسعها: هذان والعدد، وعاشرها: العفاص والوكاء وما شد عليه كما فسر، الحادي عشر: العفاص والوكاء وصفة الدنانير دون عددها، والثاني عشر: معرفة عددها وصفتها ووزنها، والثالث عشر: بمعرفة وصفين فقط، والرابع عشر: بمعرفة العفاص مع الاستيناء وعدم مدع، للخمي عن أشهب، ولتخريج عليه، والباجي عن سَحنون، واللخمي عنه، والباجي عن يحيى بن عمر، واللخمي عنه، واختيار الباجي كأنه المذهب، وله عن أَصْبَغ، واللخمي عن أشهب مع ابن القاسم، وعن ابن شعبان، ونقل المقدمات، والبيان، وتخريج ابن رُشْد من قول أَصْبَغ: إن وصف أحد مدعيها عفاصها ووكاءها، والآخر عددها وصفتها ووزنها، والباجي عن المذهب وعن أَصْبَغ، وظاهر نقل الباجي قول الشَّيخ: رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها إلا بمعرفة العفاص والوكاء أنه لم يحفظه، عن أَصْبَغ، وعنه نقله الباجي أولاً.

وفي الغلط في بعض صفاتها اضطراب.

ابن رُشْد: الغلط بالزيادة في عددها لا يضر؛ لإمكان الأخذ منه.

وفي الغلط بالنقص ممن عرف عفاصها ووكاءها قولان، وغلطه في صفة الدنانير؛ يمنع أخذها اتفاقًا، ولو غلط في العفاص دون الوكاء أو بالعكس؛ ففي منعه أخذها مطلقًا، وأخذه إياها بعد الاستيناء إن لم يأت أحد قولان، هذا أعدل.

الشَّيخ: قال ابن عبد الحَكم: لو أصاب تسعة أعشار الصفة، وأخطأ العشر؛ لم يعط إلا في معنى واحد أن يصف عددًا، فيطلب أقل.

الباجي: لا يبعد أن يكون ابن عبد الحَكم يوافق أَصْبَغ؛ لأنه إنما منع دفعها إليه إن

أخطأ بأن وصف شيئًا بغير صفته، واختلف في هذا قول أَصْبَغ، فقال: إن قال في خرقة حمراء وخيط أصفر، فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود، فقال: يستبرأ أمره، ثم رجع فقال: هذا أكذب نفسه في ادعائه المعرفة؛ فلا يصدق، إنما يصدق لو أصاب في بعض، وادعى الجهالة في بعض هذا، قال أشهب: يدفع إليه، وقال: لو أخطأ في صفاتها، ثم وصفها مرة أخرى، فأصاب لم يعطها؛ يريد: لأن هذا حزر وتخمين، وفي النوادر في باب لقطة الصبي عن سَحنون: إن وصفه مدعي اللقطة بعضها، ولم يصف بعضًا؛ فلا شيء له.

ابن رُشْد: وأما العفاص والوكاء إن وصف أحدهما، وجهل الآخر، أو غلط فيه؛ ففي حرمانه، وأخذه إياها باستبراء أمره، وعدم ادعائها غيره ثالثها: وفي الإكمال: اختلف مذهبنا في الدينار، هل يعطى لمدعيه أنه سقط له؟ فقيل: لا يعطاه حتى يصف شقًا فيه أو علامة.

قُلتُ: كذا وقع لفظه دون تصريح بالقول الثاني.

وفي وقف أخذها بالصفة الكافية على يمين مدعيها قولا أشهب، والمشهور مع ظاهرها.

الشَّيخ: ولابن حبيب: إن اعترف اللقطة، فعرف العفاص والوكاء؛ حلف مع ذلك، ولم يذكر غير اليمين.

ابن رُشْد: أصوب ما فيه قول ابن حبيب حسبما يأتي.

وسمع ابن القاسم: من دخل حانوت رجل، فوجد رب الحانوت دينارًا في حانوته بعد خروج الرجل، فعرضه عليه، وقال: ما دخل إلي اليوم غيرك، فعد الرجل نفقته، فافتقد منها دينارًا، لا أدري إن أيقن أنه ديناره أخذه.

ابن رُشْد: دليل قوله: أنه لا يأخذه إلا أن يستيقن؛ أنه له بزيادة على ما ذكر له تحصل اليقين، وهذا على وجه النهاية في التورع، وأخذه له سائغ؛ لأن غالب ظنه أنه له يفقده من نفقته دينار، ولو لم يعلم عدد نفقته ساغ له عندي أخذه، وإن كان التورع عن أخذه أولى، ولو قال رب الحانوت: وجدته في مكانك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك

ممن دخل الحانوت، فعد نفقته، ففقد منها دينارًا؛ كان له أخذه، ولو لم يعلم الرجل نفقته؛ لم يسغ له أخذه.

الباجي: إن وصفها رجلان، وتساويا فيها؛ تحالفًا وتقاسمًا، ومن نكل؛ فهي للآخر.

زاد اللخمي عن أشهب: إن نكلا؛ لم تدفع إليهما، وأرى أن يقسماها.

قُلتُ: هذا الجاري على قول ابن القاسم بعدم وقف أخذها بالصفة على اليمين، قال: فإن أخذها أحدهما بالصفة، ثم أتى الآخر، فوصف مثل الأول قبل أن يبين بها، ويظهر أمرها؛ قسمت بينهما، هذا هو الصحيح من القول.

قُلتُ: ظاهره: أن في ذلك خلافًا.

وقال الصقلي: يقسم بينهما على قول ابن القاسم، وعلى قول أشهب تكون للأول، قال هو واللخمي: وإن ظهر أمرها؛ لم يقبل قول الثاني، فإن أقام بينة انتزعت من الأول، إلا أن يقيم بينة، فيقيم بأحدهما، فإن تكافأتا؛ بقيت للأول بالصفة.

قُلتُ: هو في النوادر لأشهب، وزاد: هذا إن لم تأرخ البينتان، وإن أرختا؛ كانت لأولهما ملكًا بالتاريخ، وأشار الصقلي إلى جريها على مسألة كتاب الولاء، فقال: كقوله فيمن ورث رجلاً بولاء، وأقام عليه بينة، فأقام آخر بينة أنه مولاه وتكافأتا؛ قسم المال بينهما؛ لأنه مال عرف أصله، وقال غيره: هو لمن بيده، وهو مثل قول أشهب هنا.

اللخمي: وإن زاد أحد واصفيها صفة؛ قضي له بملكها لو وصفا العفاص والوكاء، وزاد أحدهما العدد أو العدد والسكة.

قُلتُ: كذا في غير نسخة العدد أو العدد والسكة؛ والصواب: أو السكة، ولو وصف أحدهما الباطن العدد والسكة، والآخر الظاهر العفاص والوكاء؛ ففي اختصاص الظاهر بها للحديث وكونها بينهما قولان قسمها أبين؛ لأن بمعرفة الباطن أقوى.

قُلتُ: في نوازل سَحنون: إن وصف أحدهما العفاص والوكاء والآخر العدد والوزن؛ فهي لدى العقاص والوكاء.

ابن رُشْد: بعد حبسه اتفاقًا.

وقال ابن حبيب: إن وصفها رجلان، ونكل الآخر؛ فهي لمن حلف، وإن حلفا أو نكلا؛ قسمت بينهما، فقوله: ضمنت إن نكلا؛ رد لقوله: لا تدفع له إن جاء وحده إلا بيمين، واستحسن أَصْبَغ في أحد قوليه: إن وصف أحدهما العقاص والوكاء، والآخر عدد الدنانير والدراهم وصفتها أن تقسم بينهما بعد أيمانهما، كما لو اجتمعا على معرفة العقاص والوكاء.

قُلتُ: ما تعقب به قول ابن حبيب سبقه به فضل فيما ذكره ابن حارث وقال: قول ابن حبيب غلط، وقد يفرق بأن احتمال طروء مدع أقوى من احتمال طروء مدعين فناسبه حلفه في الأقوى دون ما دونه.

وفيها: إن دفعها لمن عرف عفاصها ووكاءها وعددها، ثم جاء آخر فوصفه مثل ما وصفه الأول إذا قام بينة أن ملك اللقطة كانت له؛ لم يضمنها.

الشَّيخ عن ابن الماجِشُون: إن دفعها لمن وصفها، ثم ادعاها آخر، ووصفها أو جاء ببينة، وطلب من ملتقطها أن يجمع بينه وبين من أخذها بالصفة، فقال: لم أشهد عليه، ولا أعرفه؛ ضمنها له قلَّت أو كثرت، وإن ثبت دفعها للأول؛ كانت الخصومة بينه وبين الثاني، وقول اللخمي إثر قول ابن الماجِشُون: ضمنها له؛ يريد: إن لم يعلم دفعها إلا من قوله: ولو علم دفعها له بالصف؛ لم يكن للثاني عليه شيء خلاف عزو الشَّيخ ذلك لابن الماجِشُون من قوله.

وفي النوادر من تمام قول ابن الماجِشُون: لو دفعها على الصفة، ولم يحلفه، واستحقها ثان؛ طلبت من الأول حتى يحكم بينهما فيها، فإن أعدم أو فلس؛ ضمنها دافعها.

قُلتُ: إنما يضمنها إن أنتج الحكم كونها للثاني لا قبل الحكم، وهذا إنما يصح على القول بوقف دفعها على يمين واصفها، وقد تقدم أن المشهور خلافه.

قال ابن عبد السلام: يحتمل قول ابن الماجِشُون: تقييدًا أو خلافًا وهو الأظهر؛ لأن ما يقال: أن كل من دفع لغير له من دفع إليه؛ فلا بد من قيام البينة على معاينة الدفع

إلا في الوكيل المفوض إليه، وهذا المال لم يدفع إليه، ولم يخرج من يد ربه إلى يد ملتقطه؛ ولذا أجاز له دفع اللقطة لمن يتولى تعريفها، ولا يجوز ذلك للمودع ولا للوكيل.

قُلتُ: هذا الذي رجح به كون قول ابن الماجِشُون: خلافًا الأظهر إنتاجه أنه وفاق؛ لأنه هو مقتضى المذهب، فإذا كان قول ابن الماجِشُون ملزومًا لمقتضى المذهب، فيجب كونه تفسيرًا للمذهب أو لمشهوره لا خلافًا له فإن قلت: قولكم أنه أتى بما يقتضي أن قول ابن الماجِشُون هو مقتضى المذهب ليس كذلك، وبيانه أنه قرر أن قاعدة المذهب صدق القضيَّة القائلة: من دفع لغير من دفع إليه بغير بينة؛ ضمن، فيصدق مفهومها المخالف؛ وهو من دفع لغير بينة لا لغير من دفع له؛ لم يضمن، وعندنا قضيَّة صادقة؛ وهي الملتقط الدافع دفع لا لغير من دفع له، وهذه القضيَّة هي التي احتج عليها بقوله: بأن هذا المال لم تدفع له؛ ولذا جاز للملتقط دفع اللقطة لمن يعرفها، ثم نقول: الملتقط الدافع دفع بغير بينة لا لغير من دفع له، وكل من دفع لغير بينة لا لغير من دفع له؛ لم يضمن، وهذا المفهوم المخالف ينتج الملتقط الدافع بغير بينة لا يضمن، وهذا خلاف قول ابن الماجِشُون وهو مدعي.

الشَّيخ: أجيب بوجهين: الأول: منع صدق القضيَّة القابلة للملتقط الدافع بغير بينة لا لغير من دفع له، وبيانه بصدق منافيها؛ وهو قولنا: الملتقط المذكور دفع بغير بينة لغير من دفع له لا من دفع له الملتقط المذكور يصدق عليه أنه غير من دفع له، وإلا لصدق عليه نقيضه، وهو نفس من دفع له، وهذه كاذبة ضرورة، فلزم أن يصدق عليه أنه غير من دفع إليه، فثبت صدق منافيها؛ لتكون القضيَّة المذكورة، فلا تصدق النتيجة المذكورة، فيثبت نقيضها؛ وهو أنه ضامن الثاني أنه كلما كان حكم الملتقط في تصرفه في اللقطة بعد السنة حكم من قبضها من ربها، كان دفعه إياها بعد السنة كمن دفع شيئًا قبضه من ربه، والملزوم خوف اللازم مثله بيانه قولها: أكل العبد اللقطة في السنة جناية وبعدها في ذمته فجعل أكله بعد السنة كأكله ما قبضه من ربه، والملازمة واضحة، فجعل اللقطة بعد السنة؛ كدفع ما قبض من ربه وهو المدعي.

ابن رُشْد في أول سمَاع ابن القاسم: إن وجدها ربها بعد ملتقطها، وقد نقصها

باستعمال؛ فله أخذها وما نقصها، وإن أنهكها؛ ففي تخييره في أخذ قيمتها أو أخذها، ولا شيء له في نقصها، أو مع قيمة نقصها ثالثها: ليس له إلا ما نقصها.

قُلتُ: الثالث: هو سماع ابن القاسم في مستعير الثوب يلبسه بعد أمد عاريته لبسًا أخلقه، وفيه عزا ابن رُشْد ثاني الأقوال في الملتقط للمعروف من قوله، وأولها لأشهب.

اللخمي: لو كانت عرضًا، فباعه ملتقطه بعد السنة، فجاء ربه؛ ففي مضي بيعه مطلقًا، ويمكن ربه من نقصه، فيأخذه إن كان قائمًا، والأكثر من قيمته أو الثمن إن كان فائتًا، قولا ابن القاسم وأشهب.

قُلتُ: الأول: هو قولها وقول أشهب، نقله في النوادر من كتابه: بقيد كون البيع بغير إذن الإمام.

وفي النوادر: لابن القاسم: لربها أخذها من مبتاعها من المساكين، ويرجع على من تصدق بها عليهم، وكذا لو مات قال غيره: يرجع عليه الأقل من الثمن، أو قيمتها يوم تصدق بها، ثم إن كانت قيمتها أكثر؛ رجع بالقيمة على المساكين.

قُلتُ: يريد بتمامها.

التونسي: جعل ابن القاسم لربها أخذها من مبتاعها من المساكين لا من مبتاعها من مبتاعها، ولم يجعل المساكين كالوكلاء على بيعها، فيمضي بيعهم، ويغرم الملتقط القيمة، وفي ذلك نظر.

الصقلي: جعل ابن القاسم لربها نقض بيع المساكين، ولم يجعل له نقض بيع الملتقط؛ لأن الملتقط باعها خوف ضياعها؛ لوقف ثمنها، فلم ينقص لقوله ﷺ: **«فشأنك بها»**، وباعها المساكين على أنها ملك لهم؛ فلمستحقها نقض بيعها كالاستحقاق، فإن أخذها من مبتاعها؛ رجع بالثمن على المساكين إن كان قائمًا بأيديهم؛ كان لربها أخذ عينها منهم، فإن أكلوه؛ فالأولى أن يرجع على ملتقطها الذي سلط أيديهم عليها، كما لو أهلكوها، فيرجع عليه بالأقل من ثمنها أو قيمتها يوم تصدق بها، ويرجع بتمام الثمن على المساكين؛ لأنهم البائعون منه.

اللخمي: لابن القاسم في الدمياطيَّة: من التقط سيفًا أو ثوبًا، فتصدق به، فباعه

لمساكين، وأكلوا ثمنه؛ لربه أخذه من مبتاعه، ويرجع مشتريه من المساكين على من تصدق به عليهم، ثم قال: إن كان الملتقط عرضًا، فتصدق به، فباعه المساكين، ولم يغب به المشتري؛ لم يكن له أخذه على قول ابن القاسم، كما لو باعه ملتقطه لنفسه إلا أن يكون تصدق به عن صاحبه.

قُلتُ: ففي نقص ربه بيع المساكين إياه بأخذه مطلقًا، أو إن تصدق به عن صاحبه قولان لابن القاسم.

قال ابن الحاجب: فإن تلفت بعد تمليكها أو تصدقها؛ فعليه قيمتها يوم ذلك أو مثله، فقبله ابن هارون وابن عبد السلام قائلاً: هذا صحيح على القول بتأثير النيَّة ولا أعرفه نصًّا، وتخريجه على القول بتأثير النيَّة مع بقاء اليد فيه نظر؛ لأن ذلك إنما هو في النيَّة المستندة لعقد؛ لأن القول بتأثيرها لا أعرفه إلا لابن بشير، وإنما ذكره في تخريجه جواز صرف الوديعة، ومنعه على تأثير النيَّة مع بقاء اليد في الحكم ولغوها، والنيَّة في الوديعة مستندة لعقد؛ ولذا غير المازري على غير الخلاف في صرف الوديعة بقوله: بناء على وقف انتقال ضمانها على قبضها، وحصوله بالعقد، فلم يعلل ضمانها إلا بالعقد لا بالنيَّة، والعقد أقوى منها، وفي وجودها بيد المساكين غير ناقصة طريقان:

اللخمي عن ابن القاسم: له أخذها.

أشهب: ليس له إلا أخذها، تصدق بها عن نفسه أو عن ربها، ثم قال: وكذا إن تصدق بها عن ربها أو عن نفسه وهي عرض.

ولابن رُشْد في أول سماع ابن القاسم: إن تصدق بها عن نفسه بيد المساكين، وتصدق بها عن ربها؛ فليس له إلا أخذها، وإن تصدق بها عن نفسه؛ فله تضمينه قيمتها إن شاء، ويدعها للمساكين.

قُلتُ: ففي قصر حق ربها، وهي بحالها بيد المساكين، وهي عرض على أخذها مطلقًا، وإن تصدق بها عن ربها، وإن تصدق بها عن نفسه؛ فله تضمينه قيمته خير ربها، نقلا اللخمي عن المذهب وابن رُشْد، وإن وجدها بأيديهم ناقصة، فللخمي عن أشهب: ربها بالخيار بين أخذها، ولا شيء له على ملتقطها، أو تضمينه قيمتها، فإن

ضمنه، وقد تصدق بها عن ربها؛ فلملتقطها أخذها، وإن تصدق بها عن نفسه؛ لم يرجع بها.

قُلتُ: ظاهره: إن أخذها ربها؛ لم يرجع على ملتقطها بنقصها، وإن تصدق بها عن نفسه، وهو نص في النوادر عن أشهب قال ما نصه: وإن تصدق بها عن نفسه؛ فلربها أخذها على ما وجدها، ولا شيء له على ملتقطها، أو يأخذه بقيمتها إن تغيرت، ثم لا شيء لملتقطها على المساكين.

ولابن رُشْد في أول سماع ابن القاسم: إن وجدها بأيدي المساكين ناقصة؛ خير في تضمينه قيمتها يوم تصدق بها، وأخذها ناقصة، ولا شيء له في نقصها هذا إن تصدق بها عن ربها، وإن تصدق بها عن نفسه؛ فله مع أخذها ناقصة الرجوع عليه بما نقصها، قال: وإن أكلها المساكين؛ ففيها: لعين ربها تضمينهم، وقال أشهب: له تضمينهم، وإن شاء أغرم الملتقط قيمتها يوم تصدق بها سواء تصدق بها عن نفسه أو عن ربها.

وفيها: إن التقط العبد لقطة، فاستهلكها قبل السنة كانت في رقبته وبعدها، وإن استهلكها بعد السنة؛ لم تكن إلا في ذمته لقوله ﷺ: **«عرفها سنة عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها»**.

اللخمي: ليس لربها منعه تعريفها؛ لأنه يصح في حين تصرفه لسيده، ولا يضره ذلك في تصرفه، ولسيده نزعها لوقتها بيد عدل خوف تلفها، أو تصرف العبد فيها، وإن كان غير مأمون؛ كان أبين.

قال الشَّيخ: من غير كتاب، وكذا المدبر والمكاتب وأم الولد.

الصقلي: إن لزمت ذمته؛ لم يكن لربه إسقاطها عنه؛ لأن ربها لم يسلط يده عليها، ولولا السنة كانت في رقبته.

قُلتُ: الأظهر إن كان ربه علم بالتقاطه، وسكت عنه؛ فهو كما قال الصقلي: وإن كان موجب ضمانه قبل علمه بالتقاطه؛ كان لربه إسقاطها من ذمته، وما علل به.

الصقلي: معارض بعدم إذن ربه له في سبب ضمانه؛ بل أذن التنازع له في التصرف يتنزل منزلة إذن ربها له في وضع يده عليها، ولأنه أولى أن يحمل عليه في التفريط.

[باب اللقيط]

اللقيط: صغير آدمي، لم يعلم أبوه ولا رقه[1]، فيخرج ولد الزانية معلومة، ومن علم رقه لقطة؛ لا لقيط، وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس تابعًا للغزالي: هو طفل ضائع لا كأقل له، قبله ابن هارون وابن عبد السلام: ويبطل طرده بطفل كذلك معلوم أبوه؛ لأنه غير لقيط لانتفاء لازمه، وهو كون إرثه للمسلمين في ولائها، واللقيط حر وولاؤه للمسلمين لا لمن التقطه، وليس له أن يوالي من شاء، والمسلمون يعقلون عنه ما

(1) قال الرَّصاع: قوله: (اللقيط) فعيل بمعنى مفعول وأطلق على الذكر والأنثى هنا، وليس هو هنا خاصا بالذكر.
وقوله: (صغير آدمي) جنس اللقيط.
قوله: (لم يعلم أبواه) أخرج به من علم أبواه قوله: (ولا رقه) أخرج به من علم رقه؛ لأنه لقطة لا لقيط كذا قال الشَّيخ.
قال الشَّيخ: ويخرج ولد الزانية يعني بقوله لم يعرف أبواه، وهذا قد علم أحدهما.
قال الشَّيخ: وعرف ابن الحاجب ذلك بقوله طفل ضائع لا كافل له، وأبطل طرده بطفل كذلك قد علم أبوه؛ لأنه غير لقيطه لانتفاء لازمه عنه، وهو كون وراثته للمسلمين، وهو حر وولاؤه للمسلمين، والله سبحانه يفهمنا عنه بمنه وفضله.
(فإن قلت): ما ذكره في حد اللقيط فيمن علم رقه أنه لقطة ينافي ما قدمه في رسمها من زيادة قوله ليس حيوانًا ناطقًا.
(قُلتُ): السؤال وارد على ما رأينا في النسخ بلفظ لقطة، وصوابه لقط، وكذلك وجد في مبيضته مصلحا مبتور التاء، وأورد بعضهم على رسمه من وجد ولدًا صغيرًا، ولم يجد له أبا في حال ضياعه، وأجيب بالتزام أنه لقيط لصدق الرسم عليه.
(فإن قلت): المنبوذ يرد على حده، ولا يسمى لقيطًا.
(قُلتُ): نقل عن الجوهري أنه قال: المنبوذ اللقيط، وقال اللخمي: المنبوذ كاللقيط في الحريَّة والدين، واختلف في تفسيره، وذكر بعض الفقهاء: أن المنبوذ من طرح عندما ولد وشأنه فيمن كان ولد زنا، واللقيط ما طرح في الشدائد والحرب لا عندما ولد فعلى القول الأول يدخل في رسمه، وعلى الثاني يزاد فيه ما يخرجه عنه، ويخص المنبوذ برسمه.
وانظر ما قاله مالك: فيمن قال لرجل: يا منبوذ.
قال: لا يعلم منبوذ إلا ولد الزنا؛ انظر ما في ذلك، والله الموفق للصواب، وهو رب الأرباب.

جنى ويرثونه، وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ، وترجم على أحكامه في الموطأ بالقضاء في المنبوذ، وفي الصحاح للجوهري: المنبوذ اللقيط.

اللخمي: اللقيط المنبوذ؛ كاللقيط في الحريَّة والدين.

واختلف في نسبه؛ فقال ابن حبيب: المنبوذ لزانية لا يحد من قذفه بأبيه وأمه، ويحد قاذف اللقيط بأبيه وأمه، وقيل: المنبوذ من نبذ عندما ولد، وشأن ذلك فيمن ولد لزنا، واللقيط ما طرح في الشدائد والجدب، لا عندما ولد، ولمالك في مثله قال: من قال لرجل: يا منبوذ، قال: ما يعلم منبوذ إلا ولد زنا، وعلى قائله الحد، وهذا خلاف قول ابن القاسم: من استلحق لقيطًا؛ لم يقبل قوله إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع قول الناس: أنه إن طرح عاش، وهذا إنما يفعل عند الولادة حكم التقاطه عبر عنه ابن شعبان بقوله: ينبغي أن يؤخذ المنبوذ، ولا يترك.

وفي المعونة: من التقط لقيطًا أنفق عليه أو تركه؛ لأنه فقير من فقراء المسلمين؛ لزم الكافة إعانته، وعبارة ابن الحاجب تابعًا لابن شاس تابعًا للغزالي التقاطه فرض كفاية لا أعرفها، والظاهر إن كانت بيت مال تعين حفظه على الناظر فيها، وعلى من أبصره رفع علمه إليه، وإن لم تكن وهو الغالب كان فرض كفاية على القادرين على حفظه.

وقول ابن شاس: إن خاف عليه الهلاك إن تركه؛ لزمه أخذه هو مقتضى قواعد المذهب وغيره، فإن تركه، فمات؛ تخرج على قولها: أول حريم البئر: إن لم يقو المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشًا؛ فديتهم على عواقلهم، وتقدم القول فيها، وتقدم نحوه في كتاب الصيد في حابس آلة الزكاة عمن اضطر إليها.

ابن شاس: من أخذ لقيطًا؛ فليشهد عليه خوف الاسترقاق.

قُلتُ: لا أعرفه نصًّا إلا للغزالي، وقد تقدم حكم الإشهاد على اللقطة، وهي أقرب للخفاء من اللقيط، وفي لزوم ملتقطه حفظه، وجواز رده اضطراب في النكت: من التقط لقيطًا؛ لزمه أن ينفق عليه إن لم يكن بيت مال ينفق عليه منه كمن التقط لقطة؛ لزمه تعريفها، وليس له ردها.

قال مالك في كتاب الإجارة: النفقة على اللقيط من بيت المال، وقال محمد: نفقته على ملتقطه، وقول مالك أصوب؛ لأن نفس أخذه لا يوجب عليه شيئًا، والملتقط بالخيار بين أن يمسكه، وينفق عليه، أو يمسكه، ويطلب نفقته من بيت المال إن كانت، أو من الناس، أو يرفعه للسلطان يرى رأيه، ويكون هو المتولي لحفظه، وقد يقول: أخذته لأختبر هل يعرفه أحد، وإلا أرسلته، وقوله في جميع ذلك مقبول.

وفي النوادر: قال أشهب: من التقط لقيطًا؛ فليس له تركه إن أخذه ليمر به، وإن أخذه ليرفعه للسلطان، فلم يقبله منه؛ فلا ينفق عليه في رده لموضع أخذه التونسي في الموازيَّة: من أخذ لقيطًا أنفق عليه، ولعله أراد أنه التزم ذلك، ولو قال: لم أرد ذلك قبل قوله، زاد ابن شاس إثر قول أشهب.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعًا لا يخاف عليه فيه الهلاك؛ لكثرة الناس فيه، ويوقن أنه يسارع الناس إلى أخذه هذا نص الباجي، ولم ينقله ابن زرقون في وجيز الغزالي: لو التقط العبد والمكاتب بغير إذن السيد انتزع من أيديهما؛ فإن الحضانة تبرع، وليس لهما ذلك، فإن أذن السيد؛ فهو الملتقط، ونقله ابن شاس كأنه نص المذهب، وتبعه ابن الحاجب، ولا أعرفه نصًّا لأهل المذهب؛ لكنه مقتضى أصل المذهب في أن العبد ومن فيه بقية رق؛ ليس له أن يتبرع بشيء من عمله دون إذن ربه، والحق فيها ليس نصًّا في المذهب، واقتضت أصوله أن لا ينقل على أنه نص فيه؛ بل على أنه مقتضاه، وتقدم قولها: أن ولاءه للمسلمين؛ ومعناه: ميراثه لا الولاء العرفي الذي هو لحمة كلحمة النسب النسب؛ لأن هذا إنما يكون من عتق، وإن كان وقع لسَحنون ما ظاهره ثبوته دون عتق في الولاء منها.

لابن القاسم: إن قدمت حربيَّة بأمان، فأسلمت؛ فولاؤها للمسلمين، فإن سبي أبوها، فعتق وأسلم؛ جر ولاؤها لمعتقه إذا لم يملك ولاؤها برق تقدم فيها أو في أبيها، قال سَحنون: لا يجر الأب ولاؤها؛ لأنه ثبت للمسلمين.

الشَّيخ عن ابن القاسم: من نزع منه رجلٌ لقيطًا فخاصمه؛ نظر الإمام، فإن كان ملتقطه قويًا على مؤنته؛ رده إليه، وإن كان الذي نازعه أقوى على أمره، وهو مأمون؛

نظر فيه بما يرى، قال أشهب: إن كانا متقاربين؛ فالأول أحق، وإن خيف ضياعه عند الأول؛ فالثاني أحق به إلا أن يكون طال مكثه عند الأول، ولم ينل اللقيط ضرر.

قُلتُ: معنى استثناء طول مقامه أن مقتضى حاله خوف ضياع اللقيط، وما تقدم من طول مقامه عنده دون ضرر أكذب دلالة مقتضى حاله على ضياعه.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس تابعًا للغزالي: إن استويا أقرع بينهما وحضانة اللقيط على ملتقطه اتفاقًا؛ لدلالة العرف على التزامه معروفًا، أو فرض كفاية، ونفقته من ماله كذي الأب وماله بالعطيَّة له نصًّا واضح؛ كالهبة عليه أو على صنفه، وكذا بقرينة.

وفي الزاهي: إن وجد على فراش أو ثوب أو دابة، أو معه مال مشدود، أو يرم على مال موضوع مشدود؛ فهو له، وما وجد قريبًا منه من مال أو دابة؛ فهي لقطة وضالة، وإن لم يكن له مال؛ فطريقان: الباجي: من بيت المال، فإن لم تكن بيت مال ينفق عليه منه، فروى محمد: على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني، ولا رجوع له عليه، وإن استأذن الإمام.

اللخمي: لمالك في كتاب الإجارة: هي من بيت المال، وقال محمد: على ملتقطه، والأول أصوب.

قُلتُ: وفي عتقها الثاني: اللقيط حر، ونفقته من بيت المال.

وفي كتاب الجعل: أجر رضاع اللقيط، ومن لا مال له من اليتامى من بيت المال.

وفي تضمين الصناع منها: من أنفق على لقيط التقطه، فأقام رجل بينة أنه ولده؛ تبعه بنفقته في يسيره إن تعمد طرحه.

قال مالك: إن ضل صبي عن أبيه، فأنفق عليه رجل؛ لم يتبع أبوه بشيء.

ابن الحاجب: فإن تعذر؛ فعلى الملتقط حتى يبلغ ويستغني.

ابن عبد السلام: يعني: يستمر إنفاقه عليه إلى البلوغ، أو يستغني على أن الباجي وغيره نقل عطف يستغني على يبلغ بالواو، وذلك يوهم أن يكون حكمه في النفقة عليه كالولد تستمر إلى بلوغ الذكر صحيحًا، ودخول زوج الأنثى بها، وما أظنه؛ يريد:

مثل هذا.

قُلتُ: قوله أولاً: يوهم، وثانيًا ما أظنه؛ يريد: هذا ظاهره أنه تنقطع نفقته بالبلوغ، وإن لم يستغن بأن يستغني، وإن لم يبلغ، وظاهر الرواية خلاف ذلك، ومثل هذا إنما يقوله الأشياخ لنص أو دليل على صرفها عن ظاهرها لا يدعي غيره عن دليل كحاله في هذا غير مستظهر عليه بدليل؛ بل مقتضى قولها مع غيرها بالرجوع على أبيه بالنفقة يقتضي أن نفقته عليه كأبيه، ولما ذكر الباجي قول ابن القاسم بالرجوع إليه إن تعمد طرحه قال: وقال أشهب: لا شيء على الأب بكل حال؛ لأنه أنفق تطوعًا.

زاد اللخمي: والأول أبين؛ لأنه يقول: لو علمت أن له من تلزمه نفقته لمن أنفق إلا على الاتباع بها، وأرى أن يرجع على الأب، وإن لم يطرحه؛ لأنه إذا رجع على الأب مع العلم به، فكذا إن لم يعلم به؛ لأنه لو علم به؛ لم ينفق عليه احتسابًا.

قُلتُ: ففي رجوعه عليه ثالثها: إن تعمد طرحه للخمي وأشهب وابن القاسم ولابن شاس ما حاصله: إن أنفق حسبة، أو لم يتعمد الأب طرحه؛ لم يتبعه، وإلا فقولان لأشهب وسَحنون، وإن أشكل أمر حسبته قبل قول المنفق مع يمينه أنه ليرجع عليه، ومثله قول ابن الحاجب، فإن يثبت له أب بالبينة طرحه عمدًا؛ لزمه إلا أن يكون أنفق حسبة؛ فلا رجوع، وإن أشكل؛ فالقول قول المنفق، وتبعهما ابن عبد السلام، وابن هارون، ففهموا المذهب على أنه إن أنفق عليه حسبة؛ فلا رجوع له على أبيه مع تعمده طرحه، ومقتضى المدَوَّنة خلافه، وأن لمن أنفق عليه احتسابًا، ثم ظهر له أن له أبًا موسرًا تعمد طرحه أن يرجع عليه بالنفقة؛ لأن فيها ما نصه: قال مالك: اللقيط إنما ينفق عليه على وجه الحسبة، ثم قال: من أنفق على لقيط، فأقام رجل البينة أنه ابنه؛ تبعه بما أنفق عليه إن كان الأب موسرًا يوم أنفق عليه، وتعمد طرحه، ولو كان ضل عن أبيه؛ لم يتبعه، وهذان النصان ينتجن اتباع من أنفق على لقيط على وجه الحسبة أباه إن تعمد طرحه، ويتقرر بالفعل أن يقول: لفظها الأول يدل على صدق القضيَّة القائلة من أنفق على لقيط؛ فهو منفق عليهم على وجه الحسبة، ولفظها الثاني يدل على صدق القضيَّة القائلة: كل من أنفق على لقيط؛ فله اتباع أبيه المتعمد طرحه الموسر حين

الإنفاق عليه، ينتج بعض المنفق على اللقيط على وجه الحسبة له اتباع أبيه المذكور، وإذا صدقت الجزئيَّة؛ صدقت الكليَّة؛ إذ لا قائل بالفرق أو لقياس لا فارق، فتأمله، وهو ظاهر فهم.

اللخمي: المذهب لقوله: اختلف فيمن أنفق على صغير تعمد أبوه طرحه، وهو موسر، فقال ابن القاسم: يتبعه بالنفقة، وقال أشهب: لا شيء له؛ يريد لأنه أنفق على وجه الحسبة والأجر، وذلك محسوب له لا يزول باعتراف أبيه، والأول أبين؛ لأنه يقول: لو علمت أن له من تلزمه نفقته؛ لم أنفق عليه إلا على اتباعه بها.

قُلتُ: فقوله: (لو علمت... إلى آخره)؛ نص في أنه إنما أنفق عليه على وجه الحسبة لا ليتبعه، قال: واختلف فيمن أنفق على صغير على أن يتبعه عندما لم يوجد من ينفق عليه.

قال ابن القاسم: لا يتبعه بشيء، وقال أشهب: يتبعه فالأول؛ لأن نفقته كانت واجبة على الناس، فكان رجوعه عليهم ما عليه، والثاني: أنه لو لم يرجعه عليه أدى إلى ضياعه بعدم الإنفاق عليه، وفيها مع غيرها: اللقيط في قرى الإسلام مسلم، ولو التقطه كافر.

الشَّيخ عن مُطَرِّف وأَصْبَغ: إن التقطه نصراني نزع منه؛ لئلا ينصره أو يسترقه بطول الزمان.

وفي كتاب ابن سَحنون: إن التقطت نصرانيَّة صبيَّة، فربتها حتى بلغت على دينها؛ ردت للإسلام وهي حرة.

اللخمي في العتق الثاني: إن التقط كافر لقيطًا ببلد الإسلام، فرباه على دينه؛ لم يترك على النصرانيَّة إلا أن يبلغ على ذلك، فيختلف فيه هل يقر عليه.

قُلتُ: لعله يريد من الخلاف في مسألة النكاح الثالث فيمن أسلم، وله ولد صغير، فأقره حتى بلغ اثني عشرة سنة، وشبهها، فأبى الإسلام؛ لم يجبر، وقال بعض الرواة: يجبر، واللقيط في قرى الشرك في كونه مشركًا مطلقًا أو مسلمًا إن التقطه مسلم قولا ابن القاسم فيها، والصقلي عن محمد عن أشهب قائلاً: ولو كان في كنيسة.

اللخمي قال: وفي الموازيَّة: وإذا جعلته حرًا حين لم أدر أحر هو أم لا؟ فكذا يكون مسلمًا، وإن لم أدر أمسلم هو أم لا؟ وقول ابن القاسم أحسن؛ لأنه إنما جعل حرًا؛ لأنه الغالب، فيجب أن يكون فيه الدين على الغالب في ذلك الموضع، ولو وجد في قرية كلها عبيد؛ لم يحمل على الحريَّة، ولو رباه المسلم على دينه حتى عرف الإسلام؛ لم ينقل عنه.

وفيها: قلت: من التقط لقيطًا في مدن الإسلام، أو في قرى الشرك في أرض أو كنيسة أو بيعة، أو عليه زي اليهود أو النصارى، وملتقطه مسلم أو مشرك قال: لم أسمع منه فيه شيئًا، وأراه إن كان في محل الإسلام مسلمًا، وإن كان في مواضع أهل الشرك، فمشرك، واختصرها أبو سعيد سؤالاً وجوابًا؛ لإغفاله في الجواب التعرض لما أشار إليه اعتباره في السؤال عن زي اللقيط مع ما تقدم من اعتبار دلالة حاله فيما وجد معه من مال في الحكم بكونه له.

وفيها: إن وجد في قرية النصارى ليس فيها إلا الاثنان والثلاثة من المسلمين؛ فهو للنصارى لا تعرض لهم إلا أن يلتقطه مسلم، فيجعله على دينه، وقول أشهب في هذه أحرى.

اللخمي: لم يحمله ابن القاسم على النصرانيَّة إذا كان الغالب النصارى احتياطًا للإسلام، وإلا فأصله الحكم للغالب، ويقبل استلحاف الملتقط ببينة على ثبوته، وفي قبوله دونها ثالثها: إن كان لدعواه وجه فيها كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد، فزعم أنه رماه؛ لأنه يسع إذا طرح الجنين عاش، ونحوه مما يدل على صدقه، فيلحق به.

لمحمد عن أشهب: وعبر ابن القاسم: وله فيها، وذكر ابن شعبان الأول، ولم يعزه قال: وهو الاختيار، وربما طرح الناس أولادهم من إملاق أو غيره، ورابعها: للخمي عن محمد: إن استلحقه ملتقطه؛ لم يقبل، وإن استلحقه غيره قبل، وقد يقال: الأنسب العكس؛ لأن التقاطه ترحم به، وهو مظنة الأبوة، ودوام نبذه يصدق ذلك.

الصقلي: ناقض أشهب وابن القاسم أصليهما في قبول استلحاق من لم يسلم ملكها، والمستلحق بملك أو نكاح، وعدم قبوله له، أجاب للأول بأن اللقيط ثبت

ولاؤه للمسلمين، فصار كنسب حازه، قال: ولا جواب للثاني، ويجاب له بأن طرح اللقيط مظنة البراءة من دعوى نسبه ببينة.

قال ابن الحاجب: وفي استلحاق الملتقط المسلم بغير بينة قولان، وفي مسلم وغيره ثالثها: إن أتى بوجه محق كمن زعم أنه طرحه؛ لأنه لا يعيش له ولد، وسمع أنه إذا طرحه عاش.

قُلتُ: ظاهره: أن القول الثالث لا يجري في استلحاق ملتقطه، وقبله ابن عبد السلام.

وفيها: النص على تسوية الملتقط بغيره في قبوله إن أتى بالوجه المذكور، ولغو قبوله دونه، وفي صحة استلحاق المرأة بنوتها ثالثها: إن قالت: الولد من زنا، للصقلي عن أشهب: ولها، وله عن محمد.

قُلتُ: وقول ابن رُشْد في نوازل سَحنون من الاستلحاق: لا اختلاف على أن المرأة لا يجوز لها استلحاق ولدها بخلاف الأب؛ لأن الولد إنما ينسب لأبيه خلاف نقل الصقلي وغيره.

قال ابن الحاجب: وأما الذمي؛ فلا يلحقه إلا ببينة، قبله ابن عبد السلام وقال: لأنه لو قبل تبعه في دينه، وفيه إبطال إسلام اللقيط.

قُلتُ: يرد تعليله بقصوره على التقاط الصغير؛ لعدم تناوله استلحاق كبير، وقد أسلم، والأظهر تعليله بأن الاستلحاق خبر، وخبر الكافر لغو، وقبول نقله ابن الحاجب، خلاف قول التونسي في النصراني يدعي اللقيط في بلد الإسلام: أنه ابنه، فإذا كان له دليل مثل ذكرنا أنه سمع قول الناس: أنه إذا طرحه عاش؛ وجب أن يلحق به.

قُلتُ: فجعله كالمسلم، وفيه نظر لحرمة الإسلام، وقبول خبر المسلم، وقد تقدم قولها: اللقيط حر، وولاؤه للمسلمين.

وفي عتقها الثاني: إن بلغ اللقيط، فأقر بالملك لرجل؛ لم يصدق، وهو جر، وإن قال ملتقطه: إنه عبدي؛ لم يصدق إلا ببينة.

اللخمي: أرى لها قوله بالملك انتزاع ماله واستخدامه، ولا يمكن من بيعه، وإن

قذفه حر، أو جرحه لم يحدّ له، ولم يقض له منه، وأخذ بذلك في إقراره على نفسه.

قُلتُ: في قوله في القذف: على أنه حق؛ له نظر، ويلزم المقول: إن صدقه نفقته كعبد له.

اللخمي: ويختلف إن أقام شاهدًا هل يسترقه أم لا؟ وأن يحلف، ويأخذه أحسن؛ لأن حمله على الحريَّة إنما كان؛ لأنه الغالب، وهو ذو نسب مجهول الأب من قال له: لا أب لك، أو يا ولد زنا؛ حد له.

أبو عمر في قبول البينة في المندوب: أنه عبد، ولغو قبولها قولا ابن القاسم وأشهب محتجًا بقول عمر: هو حر، ومن قضى بحريَّة؛ لم يقبل يمينه برقه، انتهى.

[كتاب القضاء]

القضاء: صفة حكميَّة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين(1)، فيخرج التحكيم، وولاية الشرطة

(1) قال الرَّصاع: القضاء لغة يصدق على الحكم تقول قضى فلان بمعنى حكم وفصل، وقد يطلق على الأمر؛ قال الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾ [الإسراء: 23] الآية، ولما كان مدلوله اللغوي الفصل أو الأمر، وكان القاضي في عرف الشرع يصدق على من له وصف حكمي يوجب نفوذ حكمه علمنا أن هناك حكمًا، ونفوذ حكم، ومعنى حكميا يوجب النفوذ كما تعقلنا طهارة وتطهيرًا، وفرقنا بينهما شرعًا فرقنا هنا بين الحكم، وبين المعنى الموجب لنفوذ الحكم لكن المعنى الحكمي هنا هو الذي أوجب نفوذ الحكم بخلاف المعنى الحكمي في الطهارة، فإنه أوجب استباحة الصلاة أو جوز الاستباحة، ولما رأى الشَّيخ ﵀ أن القضاء في الشرع معنى حكمي أتى بقوله صفة حكميَّة ورد على من قال بأنه الفصل بين الخصمين لقصوره على الفصل الفعلي والقضاء أعم من ذلك؛ لأن القاضي له معنى أوجب له نفوذ الفصل، وإن لم يفصل فدل على أن القاضي عرفا من كان به معنى اختص به عن غيره شرعا فصل أو لم يفصل.
قوله: (صفة حكمية) تقدم في الطهارة معنى ذلك، ويأتي هنا من البحث مثل بعض ما هناك قوله: (توجب لموصوفها) صيرها سببًا في نفوذ الحكم، ومعنى نفوذه إمضاؤه، والنفوذ بالذال المعجمة بمعنى الإمضاء وبالمهملة بمعنى الفراغ، وقد كنا بين يدي شيخنا الإمام سيدي أبي عبد الله محمد بن عقاب: وكان يفسر في سورة الرحمن فذكر بعض ظواهر الطلبة آية قوله: ﴿يَٰمَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَٱلْإِنسِ﴾ [الرحمن: 33] الآية، وصرح بالدال المهملة؛ فسمعه الشَّيخ وقال له: الآية بالذال المعجمة؛ لأن المراد الإمضاء والمهملة المراد منها الفراغ. قال تعالى: ﴿لَنَفِدَ ٱلْبَحْرُ﴾ [الكهف: 109] الآية، وقول الشَّيخ: نفوذ حكم شرعي أخرج بذلك من ليس له تلك الصفة، فإنه لا ينفد حكمه، ولا يجب وهذه الصفة توجب إيجابًا شرعيًا إمضاء ما حكم به الموصوف بها واحترامه والصفة الحكميَّة تثبت للموصوف بعد ثبوت تقديمه للحكم فتقديمه للحكم والفصل إذا كان أهلا هو الموجب لحصول الصفة الحكمية.
(فإن قلت): الحكم الشرعي ما هو هنا.
(قُلتُ): الحكم الشرعي يطلق على معاني خطاب الله تعالى المتعلق... إلخ، وليس المراد ويطلق على إلزام القاضي هنا أمرًا شرعيًا لخصم، وهو المراد هنا، والإضافة تعينه لقوله: حكمه الشرعي، وأخرج بذلك غير الحكم الشرعي.
=

(فإن قلت): الحكم الشرعي يطلق تارة لجزم القاضي بمجرد إعلامه به فهذا فتوى، وتارة لجزمه به على وجه الأمر به، والجبر عليه فهذا حكم فصار حكم القاضي هو الجزم بالحكم الشرعي على وجه الأمر به والجبر، وهذا لا يفيده ما وقع ذكره في رسم القضاء.

(قُلتُ): قرينة قوله: نفوذ تعين الحكم، وتعين أن المراد به المأمور به جبرًا.

(فإن قلت): قوله: "نفوذ حكمه" ربما يرد عليه أنه غير منعكس؛ لأن متعلق الحكم إما أن يكون فيه تغيير أمر عن حاله أم لا، فإن كان فيه فهو حكم باتفاق، وإن لم يكن فيه ذلك، فقيل إنه ليس بحكم، ولا حرمة له، ويصح من غير القاضي الحاكم أن يرده، ومثال ذلك نكاح محرم إذا أمضاه قاض، ثم رفع لغيره.

فقال ابن الماجِشُون: هذا ترك ليس حكما، وقال ابن القاسم: إنه حكم ولا يفسخه القاضي الثاني، ويجب عليه إمضاؤه.

(قُلتُ): لا يرد ذلك والحد لما هو أعم من المتفق عليه وغيره والصحيح والفاسد، والحكم لما هو أعم من التغيير وعدمه، وتأمل ما ذكره ابن شاس: إذا رفع نكاح امرأة لقاض، وقد زوجت نفسها بغير ولي فقال: لا أجيزه، ولم يحكم بفسخه فهذا ليس بحكم، ولكنه فتوى، وتبعه ابن الحاجب وابن عبد السلام وابن هارون.

وقال ابن عبد السلام: إنه متفق عليه.

قال الشَّيخ: ذلك أنه فتوى فلمن ولي بعده نقضه ضرورة أنه لم يحكم والظاهر؛ لأنه لا يجوز للثاني نقضه؛ لأن قول الأول لا أجيزه حين رفع إليه، ولا أفسخه حكم منه بأنه مكروه والكراهة أحد أقسام الحكم الشرعي، وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه ولا سيما على قول ابن القاسم في حكم الحاكم إذا كان متعلقه تركا، فتأمل هذا الكلام ففيه نظر، وكلام ابن شاس في قوله: ولم يحكم بفسخه لا يستلزم.

قول الشَّيخ: ولا أفسخه، وتأمل هذا مع قولهم: إن القاضي لا يحكم بالمكروه، وما ذكر الشَّيخ في كتاب الصلاة في راتب إمام مرض انظره فيه، وانظر ابن فرحون في حد الحكم وسبب الحكم، وما ذكر القرافي وغيره كل ذلك يحتاج إليه هنا.

(فإن قلت): قوله: (توجب نفوذ حكمه الشرعي) الحكم مفرد مضاف إلى الضمير فيعم، وذلك يقتضي أن الصفة توجب إمضاء جميع أحكامه، وقد ذكروا ما يجب نقضه لا إمضاؤه مما هو معلوم.

(قُلتُ): ذلك لمانع منع والأصل عدمه أو معناه، لم يمنع مانع كما تقدم في الصلاة في حده الطهارة أو يقال حكمه الشرعي يمنع من إيراد ما ذكر وهو الصواب.

(فإن قلت): إذا حكم القاضي فالصفة أوجبت له نفوذ الحكم، ولا يصح له رجوع، وقالوا: يصح له الرجوع بل يجب رجوعه إلى الصواب، وأما إلى الأصوب ففيه خلاف.

(قُلتُ): ذلك أيضًا لمانع منع من الإمضاء كما تقدم، والشرعي أيضًا يمنع هذا كله.

قوله: (ولو بتعديل أو تجريح) عطف على مقدر أصله بكل شيء حكم به، ولو كان بتعديل أو تجريح ليصير التعديل والتجريح من متعلق الحكم، وهو كذلك كما وقع لغيره انظر ابن فرحون.

(فإن قلت): إذا قدرت بكل شيء يشكل ذلك بصور كثيرة أخرجوها عن الحكم كالثبوت والتأجيلات وغير ذلك مما أطال فيه ابن فرحون، وظاهر كلامه عموم ذلك، وعليه تتقرر الغاية المذكورة.

(قُلتُ): هذا التقرير صحيح بكل شيء حكم به، وما ذكرتم من المسائل ليس بحكم.

وقوله: (لا في عموم... إلخ) أخرج به الإمامة؛ لأنه ليس له قسمة الغنائم، ولا تفريق أموال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش ولا قتل البغاة ولا الإقطاعات، وهذا ظاهر.

وزاد القرافي في بعض كتبه: ولا إقامة الحدود.

قال بعض شُيُوخ أهل المذهب: وفيه لأن له إقامة الحدود.

قال ابن الحاجب: ولا يقيم الحد إلا الحاكم.

قال شارحه ابن عبد السلام: لأنه الأصل؛ لأنه للخلفاء والقضاة، وانظر ما ذكره ابن فرحون في تبصرته، ثم قال الشَّيخ ﷺ: ويخرج التحكيم، وإنما قال: ذلك لأن الموجب في الصفة عام في كل حكم حتى التعديل وضده والتحكيم ليس فيه ذلك فلم يشارك معنى القضاء إلا في بعض صفته لا خاصيته، وكذلك ولاية الشرطة وأخواتها من جميع ما ذكره ابن سهل، وإنما أخرج الإمام لأن نظره أوسع من نظر القاضي على ما قرره العلماء من الفرق.

(فإن قلت): على أي شيء عطف ما بعد لا.

(قُلتُ): عطف على مقدر متعلق بحكم؛ أي في شيء لا في عموم مصالح المسلمين، فإنه ليس من متعلق نظر القاضي بل من نظر الإمام الأعظم، ونظره أعم من نظر القاضي، ولذا يصح عزله بالاعتماد على ما يثبت عنده ويقدم كذلك، وينظر في مصالح المسلمين ويأمر بما فيه مصلحة عامة أو خاصة من غير إثبات سبب، وبالفراسة الشرعيَّة بشروطها، وقد ذكروا لها بابًا مستقلًا، والقاضي قاصر عن ذلك، فإذا حكم في ذلك فلا يجب نفوذ حكمه بالمعنى المتصف به، والله سبحانه أعلم.

(فإن قلت): الصفة الموجبة نفوذ حكمه هل توجب ذلك عليه فيما ثبت عنده أو توجب ذلك على غيره فيمن بعده.

(قُلتُ): الظاهر عموم الوجوب لثبوت المعنى الموجب.

(فإن قلت): هل له عزل قاض لمن هو أفضل منه، ويجب نفوذ حكمه في ذلك لموجب حصول الصفة الحكميَّة أم لا؟

(قُلتُ): أما الإمام فله ذلك، وقد نصوا عليه، وإن لم يجد إلا من هو دونه فلا يعزله، وأما القاضي إذا

كان له نظر على قضاته فلا يعزل إلا بعد ثبوت الموجب.
(فإن قلت): إذا حكم القاضي، ولم يشهد بحكمه ووجد بخطه، ثم عزل أو مات فظاهر منه أنه يصدق حد الشَّيخ عليه فيجب نفوذ حكمه والنص خلافه على ما هو معلوم في المدَوَّنة وغيرها.
(قُلتُ): لعله راعى الخلاف فيه، وأن خطه لا يوجب ثبوت حكمه، وإنما يوجب الإشهاد.
(فإن قلت): قال القرافي: القضاء ولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره، وقال: ليس للقاضي في السياسة العامة مدخل، وهذا كأنه موافق لقول الشَّيخ لا في عموم مصالح المسلمين كما قررناه، ولما نقل ابن فرحون هذا الكلام قال: وما ذكره من أن السياسة ليس له فيها مدخل فليس على إطلاقه، ثم ذكر من كلام ابن سهل ما يدل على أنه له النظر في كثير من السياسات، وهذا مخالف لكلام الشَّيخ.
(قُلتُ): ربما يقال إنه ليس بمخالف؛ لأنه إنما نفى النظر في أخص، وهو عمومها لا في مطلق شيء منها؛ فتأمله.
(فإن قلت): قال القرافي -أيضًا-: إن القاضي من حيث هو قاض إنما له إلزام نفوذ الحكم، وأما نفوذه فلا لتعذر ذلك عليه كالحكم على الملوك الجبابرة فإلزام الحكم موجود والقدرة على التنفيذ لا وجود لها في حق العاجز،والشَّيخ هنا قد قال: نفوذ حكمه الشرعي.
(قُلتُ): لا بد من تأويله بمعنى إلزام نفوذ ذلك لما ذكرنا، وأن معنى كلامه أنه صفة من شأنها ذلك، وهو متقرر.
(فإن قلت): قد وقع خلاف مشهور في الثبوت هل هو حكم أم لا؟
فإذا أثبت القاضي رسما وبعث به إلى قاض، وقال: ثبت ذلك عندي فهل يجب على القاضي احترام ما ثبته غيره؛ لأنه حكم بمقتضاه أو ليس ذلك بحكم.
(قُلتُ): الذي حقق الإمام المازري أنه ليس بحكم، وأما ما ثبته من الرسم وقبول البينة، فإنه يجب البناء على ذلك على ما حققه ابن رُشْد، وما أشار إليه الشَّيخ ﷺ هنا في قوله في مسألة النزاع بين المازري ومنازعه إلخ، فيه نظر، ولم يظهر ما أشار إليه من كلام ابن رُشْد في القول الثاني إن الثبوت في المقضي به؛ لأن ابن رُشْد إنما ذكر أنه إن ثبت قبوله للبينة، فإنه يعمل عليه.
(فإن قلت): ما ذكر القرافي في الفصل الخامس في الفرق بين الثبوت والحكم والفرق بين الفتاوى والأحكام في السؤال الثلاثين بعد أن ذكر السؤال والجواب، وشهر أن الثبوت حكم إذا قامت الحجة عند القاضي، وتوفرت الشروط وانتفت الموانع قال: فمن شهر أن الثبوت حكم؛ يريد في هذه الصورة وليس ذلك في جميع الصور؛ لأنه إذا كان ريبة عند الحاكم فيما ثبت لا يصح أنه حاكم باتفاق هذا معنى ما ذكر فأنت ترى تشهيره، وهو خلاف ما ذكرنا عن الجماعة.
(قُلتُ): كلام القرافي رده الشَّيخ وابن فرحون قال: وهذا التشهير مخالف لما نقله الشَّيخ تقي الدين

عن مذهب مالك قال: لأن الصحيح عندهم وعند المالكيَّة أنه ليس بحكم.

(فإن قيل): هذا الرد إنما يتم على أن المشهور ما قوي دليله لا ما كثر قائله، وأما إن قلنا به فلا منافاة بين الصحيح والمشهور.

(قلنا): هذا هو الصحيح أن المشهور ما قوي دليله، وعلى هذا يقع الرد، ونقل عن سراج الدين أنه قال: التحقيق أنه ليس بحكم، وذكر القرافي أيضًا في قواعده في الفرق الخامس والعشرين والمائتين أنه اختلف في الثبوت هل هو حكم، ولم يشهر وحقق هناك أن بينهما عمومًا وخصوصًا انظره؛ لأن الحكم يوجد بدون ثبوت كالحكم بالاجتهاد، وذلك في قسم الحبس وغيره، وقد يقع الثبوت كما في العبادات وغيرها، ولا حكم، وقد يجتمعان والثبوت عنده قيام الحجة عند القاضي، والله أعلم؛ فتأمله مع كلام المازري، وانظر ما حققه الشَّيخ في مسألة المازري.

وقسم المسألة إلى قسمين فهذا القسم الأول عنده، والثاني مسمى اشترى هل يقتضي ثبوت ملك المشتري للمشترى أم لا؟

فالمازري ومن وافقه يقول بعدم الاقتضاء، وخصم المازري يقول بخلافه، والذي به العمل ما ذكره المازري.

قال الشَّيخ ﷺ: مقتضى ألفاظ المدَوَّنة عندي القول الثاني لا الأول لقولها في الزكاة الأول من اشترى بمال حل حوله، ولم يزكه خادما فماتت فعليه الزكاة.

وقال في الجهاد: من اشترى من المغنم أم ولد رجل أو ابتاعها من حربي فعلى سيدها أن يعطيه جميع ثمنها.

وقال في الشفعة: من اشترى شقصًا بثمن إلى أجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إلى غير ذلك مما لا يعد كثرة انظره، وإنما ذكرت هذه المسألة؛ لأن كثيرًا ما يقع النظر فيها بين أهل الزمان ويترددون في بيان فهم كلام الشَّيخ في كل آن؛ فلنذكر ذلك على ما كان يمر لنا في ذلك أما المسألة الأولى من كتاب الزكاة فبيان الأخذ منها على ما فهمنا عنه؛ أن الزكاة متعلقة بعين المال لا بذمة المزكي بدليل إذا ضاع، ولم يفرط فلا غرم عليه، فإذا اشترى به، ولم يزكه فمناب الفقراء عاوض به مع بقيَّة ماله، وأطلق على فعله شراء ومن لازم الشراء أن ضمانها يكون منه في كلها فلذلك جعل الزكاة عليه، ولو كان لا يدل شراؤه على ملك الأمة لم تكن الزكاة عليه؛ لأنها عوض عن عين الزكاة، وليس على ملكه وغيرها فتسقط الزكاة عنه فالحاصل في الاستدلال أن يقال: إن كان الشراء للأمة لا يدل على ملكها لما لزمت الزكاة للمشتري بعد موتها، والثاني باطل بيان الملازمة أنه إذا لم يدل على ملك فبعضها عوض عن الزكاة، وقد ذهب من غير تفريطه فدل على أن شراءه عمر ذمته بحفظ الزكاة، وملك عوضها وضمانها منه وهذا فيه أبحاث.

(الأول): أنا وجدنا البيع الفاسد يدل على شبهة الملك لا على خصوص ملك، وهذا غايته أنه شبهة.

(والثاني): أنا نقول هو نائب في حفظ المال في العين، ويجب عليه إخراجه فمعاوضته به أوجبت تعديا فعمرت ذمته به فإنما وجبت الزكاة بذلك لا؛ لأن شراءه دل على ملكه كما ذكر فالقدح في الملازمة لا يخفى، وأما المسألة الثانية وهي مسألة من اشترى من مغنم فبيان الاستدلال بها أن يقال لو كان الاشتراء لا يدل على ملك لأخذها سيدها بغير ثمن؛ لأنه استحقاق من يد من لا ملك له، والتالي باطل بنصها، وهذا فيه بحث في الملازمة أيضًا، وذلك أن يقال الحكم على المستحق بالثمن في مثل هذه النازلة لقوة شبهة شرائه؛ لأن ذلك مستند إلى قسم الإمام ودار الحرب بها شبهة فلا بد من دفع الثمن، وقد أشار ابن يونس إلى قريب من هذا في كتاب الاستحقاق فيمن نعي موته وقسمت تركته؛ انظر اللخمي وابن رُشْد في ذلك، وإذا تقرر ما ذكرناه فليس في الأخذ بالثمن ما يدل على أن الشراء يوجب للمشتري ملك ما اشتراه، والله أعلم بكلامه وفهمه، فإن الرجل كامل النظر قوي الدين والفكر، وربما يخيل على الناظر أن يقال لو صح أن ذلك يدل على الملك لكان إذا ثبت الملك للمستحق أن يقع التعارض بين الثبوتين للملك، وهذا لم يقله فيما رأيت أحد بل الملك إذا ثبت لا يعارضه شراء، وإن قلنا بأنه يوجب الملك غايته يدل على قوة الحيازة، فإن أثبت ملكه له تعارضت البينتان، فإن سقطتا ثبت الاختصاص للحائز على ما في المدَوَّنة وغيرها، وأما المسألة الثالثة فذلك أيضًا من المعنى الذي قدمناه في المسألة الثانية، والبحث فيهما واحد، وقد قدمنا في حده للاستحقاق في قوله: "رفع ملك" إلخ ما ينظر فيه مع ما هنا، وكذلك في حده الملك، والصواب أن ثم أمورًا توجب الملك، وقد عددوها، وثم أمورًا لا توجب ملكًا ولا شبهة، وهي لا تخفى، وثم أمورًا توجب شبهة الملك فمن أطلق ذلك فمحمله على ما ذكرناه، وهو الصواب.

ويشهد لما قاله ما ذكره الشَّيخ ﷺ عن سَحنون فيمن حضر رجلًا اشترى سلعة من سوق فلا يشهد أنها ملكه، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه، وأقام هذا بينة أنه اشتراها كانت لصاحبها ملكًا قال: وإن شهدوا بأنه اشتراها من دار الحرب وشبهه، فإنها ملك، وهذا كلام يدل على أن الشراء ينقسم إلى قسمين، وهو الحق، وقد قال أشهب: إذا شهدت بينة بأن هذا ولد عند فلان فلا يدل على ملكه إلا أن تطول الحيازة كما يجب، وإنما نبهنا على ذلك، وإن كان فيه خروج عن القصد لكمال الفائدة أدام الله علينا نعمته الشاملة في الدين والدنيا والآخرة بمنه وفضله، وتأمل كلام ابن رُشْد في كتاب الاستحقاق في قوله: الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه للحائز اتفاقًا، ولكنها تدل على الملك كإرخاء الستر والعفاص؛ فيكون القول قول الحائز مع يمينه، وانظر ما قدمناه في الملك، والله الموفق.

(فإن قلت): قد ذكروا ولاية التحكيم ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهي شعبة من شعب القضاء كما ذكر الشَّيخ هنا، وهي خاصة بمواضع، وكذلك ولاية الحكمين بين الزوجين، وقد ذكروا الحكمين في الصيد، وهي مستفادة من آحاد الناس.

وأخواتها والإمامة.

وقول بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره.

ابن سهل: تلخيص خطط الولاية: القضاء والشرطة والمظالم، والرد والمدينة والسوق، فمتعلق حكم والي الرد ما استرابه القضاة، وردوه على أنفسهم، وصاحب السوق يعرف بصاحب الحسبة؛ لأن أكثر نظره فيها بالأسواق من غش، وتفقد مكيال وميزان.

قال بعض من لقينا: لا يجوز له الحكم في عيوب الدور، ولا مخاطبة حكام البلاد بالأحكام، وعلم القضاء أخص من العلم بفقهه؛ لأن متعلق فقهه كلي من حيث هو كلي، ومتعلق علمه كلي من حيث صدق كليه على جزئيات، وكذا فقه الفقيه من حيث كونه فقيهًا هو أعم من فقه الفقيه من حيث كونه مفتيًا؛ ولذا أخبرنا بعض شُيُوخنا في تدريسه عن الشَّيخ الفقيه المحصل أبي عبد الله بن شعيب أنه كان ولي قضاة القيروان، ومحل تحصيله في الفقه وأصول الفقه شهير ببلدنا، فلما جلس الخصوم إليه، وفصل بينهم؛ دخل منزله مقبوضًا، فقالت له زوجته: ما شأنك؟ فقال لها: عسر علي حكم القضاء، فقالت له: قد شاهدت سهول أمر الفتوى عليك، فاجعل الخصمين كالمستفتيين سألاك، قال: فاعتبرت ذلك، فسهل علي.

قُلتُ: وإذا تأملت ذلك؛ علمت أن حال الفقيه من حيث هو فقيه؛ كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي؛ كحال عالم بها مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بها أشق، وأخص من العلم بالكبرى فقط، وأيضًا فقهاء

=

(قُلتُ): ذلك كله داخل في رسمه إذا تأملته، وقد تقدم ذلك.

(فإن قلت): قد ذكر المؤلفون أن أركان القضاء ستة القاضي والمقضي به والمقضي عليه والمقضي فيه والمقضي له، وكيفيَّة القضاء.

(قُلتُ): هذه في الحقيقة شروط للقضاء المحدود لا أركان له؛ لأنها حسيَّة كما ذكره الشَّيخ في الاعتراض على ابن الحاجب في غير هذا، والله سبحانه الموفق للصواب.

القضاء والفتوى مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئيَّة، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغى طرديها، ويعمل مستعيرها؛ ولذا ذكرها ابن الرقيق أن أمير إفريقيَّة استفتى أسد بن الفرات في دخوله بجواريه الحمام دون ساتر له ولهن، فأجاب بجوازه؛ لأنهن ملكه، فأجابه أبو محرز بمنع ذلك قائلاً له: لأنه إن جاز لك نظرهن كذلك، ونظرهن إليك كذلك؛ لم يجز لهن نظر بعضهن بعضًا كذلك، فأغفل أسد إعمال كمال النظر في هذه الصورة الجزئيَّة، فلم يدرك حالهن فيما بينهن، واعتبره أبو محرز فأصاب.

وفيها: قال مالك: ليس علم القضاء كغيره من العلم، ولا أعلم بهذا البلد أحدًا أعلم بالقضاء من أبي بكر بن عبد الرحمن، وكان أخذ شيئًا من القضاء من أبان بن عثمان، وأخذ أبان ذلك من أبيه عثمان.

قُلتُ: كذا وقع هذا الكلام في المدَوَّنة معزوًا لأبي بكر بن عبد الرحمن، وفيه نظر؛ لأنه إنما كان مشهورًا بالعبادة في كتاب الاعتكاف من المدَوَّنة: لم يبلغني أن أحدًا من السلف اعتكف إلا أبو بكر بن عبد الرحمن، ووقع في رواية ابن وَهْب عزو هذا الذي في المدَوَّنة لأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، لما عرف ابن الحداء في كلامه على رجال الموطأ عرف بأبي بكر بن عبد الرحمن.

وقال فيه يقال: إنه راهب قريش لفضله، وكثرة صلاحه، ولم يصفه بولاية قضاء، ثم عرف بأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، فقال فيه: توفي بالمدينة، وبها كان مسكنه سنة عشرين ومائة، وكان قاضيًا بها، وقضى بها ابنه بعده عبد الله.

وقال ابن وَهْب عن مالك: لم يكن عند أحد من أهل المدينة من العلم بالقضاء ما كان عند أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وكان فقيهًا، وأمره عمر بن عبد العزيز على المدينة بعد أن كان قاضيًا.

قال مالك: ولم يكن على المدينة أمير أنصاري غير أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم.

وفي رواية عن ابن وَهْب: وكان أبو بكر تعلم القضاء من أبان بن عثمان بن عفان،

وتعلم أبان من أبيه، والروايات وأقوال الأشياخ واضحة الدلالة على جلالة خطة القضاء، وندور السلامة فيه.

ابن سهل: قال بعض الناس: خطط القضاء من أعظم الخطط قدرًا، وأجلها خطرًا لا سيما إذا اجتمعت إليها الصلاة.

قُلتُ: يريد: إمامة الصلاة، ومقتضاه حسن اجتماعهما، والمعروف ببلدنا قديمًا وحديثًا منع إمامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها.

وسمعت بعض شُيُوخنا: أنهم يعللون ذلك بأن القاضي مظنة؛ لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرر ذلك في الآحاد، فيؤدي إلى إمامة الإمام من هو له كاره.،وقد خرج الترمذي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: **«ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم: العبد الآبق حتى يرجع، وامرأة باتت وزوجها ساخط عليها، وإمام قوم وهم له كارهون»**(1).

ابن رُشْد وغير واحد: الحكم بين الناس بالعدل من أفضل أعمال البر، وأعلى درجات الأجر، والجور فيه، واتباع الهوى من أكبر الكبائر، وهو محنة من دخل فيه ابتلي بعظيم؛ لأنه عرض نفسه للهلاك؛ إذ التخليص منه عسير.

قال عمر رضي الله عنه: وددت أني أنجو من هذا الأمر كفافًا لا لي ولا علي، فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت.

قال مالك: قال لي عمر بن حسين: ما أدركنا قاضيًا استقضي بالمدينة إلا عرفت كآبة القضاء عليه، وكراهية في وجهه إلا قاضيين سماهما.

قال ابن عبد السلام: هذا حين كان القاضي يعان على ما وليه، وربما كان بعضهم يحكم على من ولاه، ولا يقبل شهادته إن شهد عنده، وأما إذا صار القاضي لا يعان؛ بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان، فإن ذلك الواجب ينقلب محرمًا، نسأل الله السلامة.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (360) في الصلاة، باب ما جاء فيمن أم قوماً وهم له كارهون.

وأكثر الخطط الشرعيَّة في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة.

قُلتُ: وحدثني من أثق به، وبصحة خبره أنه لما مات القاضي بتونس الشَّيخ الفقيه أبو علي بن قداح تكلم أهل مجلس السلطان أبي يحيى بن أبي بكر في ولاية قاض، فذكر بعض أهل المجلس الشَّيخ ابن عبد السلام فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر، ولا يطيقونه، فقال بعضهم: نستخبر أمره، فدسوا عليه رجلاً من الموحدين كان جارًا له يعرف بابن إبراهيم فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك؛ لأنك شديد في الحكم، فقال له: أن أعرف العوائد وأمشيها، فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي عام تسعة وأربعين وسبعمائة.

وحكم القضاء بالنسبة أسبابه واجب

قال اللخمي وغيره: إقامة حكم للناس واجب لما فيه من رفع الهرج والمظالم، فعلى الوالي على بلد النظر في أحكامهم إن كان أهلاً لذلك، فإن لم يكن أهلاً، واشتغل عن ذلك؛ وجب عليه أن يقدم لهم من هو أهل لذلك، وإن لم يكن بالموضع وال كان ذلك لذوي الرأي والثقة.

المتيطي: قال مالك: لم يكن في زمنه ﷺ، ولا في زمن الخلفاء قاض، هم كانوا يقضون بين الناس، أول من استقضى معاوية، وأنكر أن يكون علي استقضى شريحًا.

وحكى ابن شعبان: أن أول قاض استقضي عبد الله بن نوفل ولاه معاوية، العراقيون أول من استقضي عمر وجه شريحًا للكوفة، وكعب بن سوار للبصرة، وقيل: أول من استقضى علي لما شغلته الحروب استقضى شريحًا.

وقول مالك: لم يستقض أبو بكر ولا عمر ولا عثمان يعني بدار الهجرة، وسائر البلاد بعثوا لها قضاة، وهو ﷺ استقضى عليًا[1] ومعاذًا[2] وغيرهما.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3582) في الأقضية، باب كيف القضاء، والترمذي: رقم (1331) في الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما.

(2) أخرجه أحمد في المسند: 242/5، رقم: (22153).

وقبول ولايته من فروض الكفاية، إن كان بالبلد عدد يصلحون لذلك، فإن لم يكن من يصلح من ذلك إلا واحد تعين عليه، وأجبر على الدخول فيه.

وروى أبو عمر: إنما يجبر على القضاء من لم يوجد غيره يجبر بالسجن والضرب.

ابن رُشْد: طلبه والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة، من طلبه وكل إليه، وخيف هلاكه، ومن امتحن به، وهو كاره له أعين عليه؛ فيجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه، وإن اجتمعت فيه شروط القضاء.

قُلتُ: ظاهره مطلقًا، وزعم بعضهم أنه إن خاف من فيه أهليَّة أن يولى من لا أهليَّة فيه، أن له طلبه، وقد تحققت بالخبر الصادق أن بعض شُيُوخنا، وكان ممن يشار إليه بالصلاح لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبب في ولايتها تسببًا ظاهرًا علمه القريب منه والبعيد، وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازري -والأعمال بالنيات- قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق، أو وليه من لا يحل أن يولى، وكذا إن كان وليه من لا تحل توليته، ولا سبيل لعزله إلا بطلبه، ويحرم طلبه على فاقد أهليته.

وقال بعض العلماء: يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه، وأراد إظهاره بولايته القضاء، أو لعاجز على قوته، وقوت عياله إلا برزق القضاء.

المازري: ولا يقتصر بالاستحباب على هذين؛ بل يستحب للأولى به من غيره؛ لأنه أعلم منه.

وفي كونه في حق المشهور علمه الغني مكروهًا أو مباحًا نظرٌ.

قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه.

قُلتُ: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديم من لا يحل تقديمه للشهادة، وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به، ولا فائدة في كتبه هنا.

وللقضاء شروط، ابن رُشْد: له خصال مشترطة في صحة الولاية، وخصال ليست شرطاً فيها إلا أن عدمها يوجب عزل القاضي، وخصال ليست كذلك إلا أنها مستحبة

فيه، ويستحب لعدمها عزله.

[باب في شروط صحة ولاية القضاء]

فالأولى كونه حرًا مسلمًا بالغًا ذكرًا عاقلاً واحدًا(1) لا تنعقد ولايته إن انخرم

(1) قال الرَّصاع: قوله: (حرًا) أخرج به العبد، فإنه لا تنعقد له ولاية القضاء، وكذلك الصبي، وكذلك المرأة، وكذلك من لا عقل له، وكذلك الكافر، وقد نقل ابن زرقون رواية عن ابن القاسم: أن المرأة تجوز توليتها للقضاء.
قال ابن زرقون: أظن ذلك فيما تجوز فيه شهادة النساء.
قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا القيد لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال بذلك كما قال به الحسن، وقد أجاز ولايتها مطلقًا.
قال الشَّيخ رحمه الله: الأظهر قول ابن زرقون قال: لأن ابن عبد السلام قد رد على من لا يشترط العدالة في القضاء بقوله: وهذا ضعيف جدًا؛ لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها قال: يعني فإذا قال ذلك في شرط العدالة والشهادة أقل منصبًا من القضاء فكيف يصح أن يقال المرأة يجوز في حقها في القضاء ما لا يجوز في الشهادة.
قال: فغير ما هو مناسب للشهادة منافر للقضاء فكما أن النكاح والعتق لا تقبل فيهما شهادتها فكذا لا يصح فيهما قضاؤها.
(فإن قلت): لم يذكر الشَّيخ: العدالة وأنها شرط في ولاية القضاء، وقد ذكر ذلك في القسم الثاني فيما يوجب العزل، ومشهور مذهب ابن القاسم أنه إذا حكم لا يمضي حكمه خلافا ل أَصْبَغ إذا وافق الحكم.
(قُلتُ): هذا الذي ذكرناه عن الشَّيخ قد قدمنا أنه حصله ابن رُشْد والشَّيخ بعد هذا في القسم الثاني قال: الجاري على المشهور أن تكون العدالة شرطًا في صحة الولاية فانظره بعد، وقوله: (حرًا) قد قدمنا أنه أخرج العبد، فإنه لا تجوز شهادته، ولا يجوز قضاؤه.
قوله: (واحدًا) أشار به إلى أن القاضي من شرط صحة ولايته اتحاده وتعدده مانع من انعقاد الولاية له هذا الذي مر عليه ابن رُشْد والباجي.
قال الشَّيخ: وعده عياض من الشروط الثانية
قال: وهم الأظهر؛ لأن مانع التعداد إنما هو خوف تناقضهما ولا يتصور إضافة الحكم إليهما إلا مع اتفاقهما فيجب حينئذ إمضاؤه لانتفاء علة المنع، ولا معنى لكونه من الشروط الثانية إلا هذا قال: ووجه قول ابن رُشْد أن منع تعددهما إنما هو معلل بأنه مظنة لاختلافهما بالعين والتعليل بالمظنة لا

بعضها، وإن انخرم بعد ولايته؛ سقطت ولايته.

[باب في الشروط في القضاء التي عدمها يوجب عزل القاضي وتنعقد الولاية مع فقدها]

والثانية: كونه سميعًا بصيرًا متكلمًا عدلاً[1]، إن ولي من لم تجتمع فيه؛ وجب عزله =

يبطل بانتفاء مظنونها في بعض الصور على ما ذكره الأصوليون قال: ومسائل المذهب تدل على اختلاف في ذلك كمسألة استثناء جلد الشاة المبيعة في السفر إذا كان له قيمة وغير ذلك، وحاصل ما أشار إليه الشَّيخ: أنه يقول من اشترط كون القاضي واحدا في صحة الولاية، وهو ابن رُشْد رأى أن التعليل بالمظنة لا بالحكمة والحكمة في ذلك أنه إذا حقق الاختلاف بالتناقض في القول أدى ذلك إلى عدم حصول الحكم، وذلك يخل بما فيه مصلحة نصب القاضي، وإن وجد اتفاق منهما في بعض الأحكام فذلك لا يبطل المظنة؛ لأن التعليل بها مقدم على التعليل بالحكمة فلذلك صح عنده أن الشرط المذكور يعتبر في صحة انعقاد الولاية.

وعياض: رأى أن التعليل عنده بالحكمة فلذلك صح أن يقول إن الاتفاق إذا وقع يجب الإمضاء فيه، فإذا وجد الاتفاق منهما مضى الحكم وإذا فقد؛ فقد الحكم.

(فإن قلت): إذا صحح الشَّيخ وجه القولين بما ذكر، وقد علم أن التعليل بالمظنة أصوب فلأي شيء.

قال: إن الأظهر قول عياض.

(قُلتُ): لعله رأى أن الحكمة إذا كانت منضبطة فالتعليل بها يصح، وهو أولى وفيه بحث.

(فإن قلت): قد اتفقوا على أن النازلة المعينة يصح ذلك فيها باتفاق والمعنى الذي أشرتم إليه من جواز الاختلاف موجود يجاب عن ذلك بما أجيب به في صورة الحكمين، فإنه يصح الانتقال عنهما إلى غيرهما بخلاف القضاء العام فلا يكون فيه تعداد، وظهر كلام الشَّيخ: إن القضاء العام هو المختلف فيه قال: ولا أظن أنهم يختلفون في الجزئيَّة المعينة، وذكر قضيَّة علي ومعاوية رضي الله عنهما.

(1) قال الرَّصاع: قال أيضًا عن ابن رُشْد: كونه سميعًا بصيرًا متكلمًا عدلًا.

قوله: (سميعًا) أخرج به الأصم والبصير أخرج به الأعمى والمتكلم أخرج به الأبكم والعدل أخرج به الفاسق، فأما غير العدل فما مضى من أحكامه فهو ماض تنعقد معه الولاية على قول أَصْبَغ لا على المشهور، والمشهور أن العدالة شرط في الولاية، ولم يذكر الآمدي الخلاف فيه، وأما العلم فاختلف فيه فقيل من القسم الأول، وقيل من الثاني، وقيل من الثالث، وتأمل ما ذكر هنا من ولاية المقلد وغيره، والله سبحانه أعلم.

متى عثر عليه، وماضي أحكامه جائز إلا في غير العدل في إجازة ماضي أحكامه، وردها قول أَصْبَغ والمشهور؛ فعليه العدالة شرط في صحة الوكالة كالإسلام، وتبعه ابن زرقون، وعبر عن القول برد أحكام الفاسق بأنه أشهر من إمضائها.

وزاد عن ابن أبي مريم عن ابن القاسم: جواز ولاية المرأة.

ابن زرقون: وأظنه فيما يجوز فيه شهادتها.

قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل؛ لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها مطلقًا.

قُلتُ: الأظهر قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين، وقال: الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جدًا؛ لأن العدالة شرط في قبول الشهادة، والقضاء أعظم حرمة منها.

قُلتُ: فجعل ما هو منافيًا للشهادة منافيًا للقضاء، فكما أن النكاح والعتق والطلاق والحدود لا يقبل فيها شهادتها، فكذا لا يصح فيها قضاؤها.

قال الباجي: ولا نص في الأصم، وعندي أنه ممنوع لحاجته لسماع الدعاوى والبينات، ولا يمكن جميعهم الكتب.

قُلتُ: ينبغي على وقفه القضاء على السماع أخذه من قولها، ولا يقضي القاضي بين الخصمين حتى يقول لها: أبقيت لكما حجة، فإن قالا: لا، حكم بينهما.

المازري: أشار بعض الأشياخ إلى منع ولاية الأصم؛ لأنه لا يسمع ألفاظ الخصمين والشهود.

الباجي: ولا نص في الأمي، وللشافعيَّة فيه قولان: الجواز والمنع، والأول أظهر اعتبارًا به ﷺ، ووجه المنع أنه ﷺ معصوم من المنع.

وتبع ابن رُشْد الباجي في هذا نقلاً وتعليلاً.

قُلتُ: الأظهر جري توليته على ولاية الأعمى؛ لأن إبصار الأمي في الأحكام القضويَّة كالعدم.

قال الباجي: لا خلاف في منع ولاية الأعمى.

ابن زرقون: روى الماوردي: جوازه.

عياض: لا يصح هذا عن مالك.

وذكر المتيطي رواية الماوردي ولم يتعقبها، وزاد: وحكى أبو عبيد من رواية ابن أبي مريم عن مالك: منع شهادته.

قُلتُ: وللمازري ما نصه: ذكر عن محمد أنه قال: لا ينبغي أن يولى القضاء أعمى ولا محدود في قذف ولا عبد يسعى في قيمته، ولا مكاتب، وقال: ألا ترى أنه لا تجوز شهادة أحد من هؤلاء، فالحكم أعظم من الشهادة.

قُلتُ: نظائر هذا التعليل عدم قبول شهادته، وإن كان المازري ذكر عن الطبري، فظاهر هذا التعليل؛ لأن العبد تجوز شهادته، وكونه واحدًا عده.

عياض: من الشروط الثانية وهو الأظهر؛ لأن مانع التعداد إنما هو خوف تناقضها، ولا تتصور إضافة الحكم لهما إلا مع اتفاقهما؛ فيجب حينئذ إمضاؤه لانتفاء علة المنع، ولا معنى لكونه من الشروط الثانية إلا هذا.

ووجه قول ابن رُشْد: أن معنى تعددهما إنما معلل بأنه مظنة لاختلافهما لا بعين اختلافهما، والتعليل بالظنة لا يبطل بانتفاء مظنونها في بعض الصور على ما ذكر الأصوليون، ومسائل المذهب تدل على اختلاف ذلك؛ كمسألة استثناء جلد الشاة المبيعة في السفر إذا كان له قيمة، وغير ذلك من المسائل.

واستدل الباجي على منعه بالإجماع، وبتأديته إلى تعطيل الأحكام لاختلاف المذاهب، وغالبًا لا أرى اختلافها.

قال: ولا يعترض على هذا بحكمي الصيد والزوجين؛ لأنهما إن اختلفا؛ تيسر الانتقال عنهما لغيرهما، وهذا في القضاة متعذر.

المازري: لا مانع من تعددهما في نازلة معينة إن دعت لذلك ضرورة، فإن اختلفا؛ نظر السلطان في ذلك، ويستظهر بغيرهما.

وذكر الباجي: أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاث قضاة على هذه الصفة، ولم ينكر ذلك فقهاء ذلك البلد.

المازري: وقد يظهر وجه المصلحة في ذلك في قصص خاصة، وأما في قصص عامة فينظر في ذلك.

قُلتُ: إنما الكلام في القضاء العام، وأما في نازلة معينة بمعنى وقف نفوذ الحكم فيها على اتفاقهما؛ فلا أظنهم يختلفون فيها، وهذه توضح قضيَّة تحكيم رجلين رجلين، وقد فعله علي ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص، وتعددهما في بلد واحد كل واحد منتقل بالقضاء في جهة معينة، أو نوع خاص يأتي.

وأما العلم، فقال الباجي: لا خلاف في اعتبار كونه عالمًا مع وجوده، والذي يحتاج إليه من العلم أن يكون مجتهدًا.

وروى ابن القاسم في المجموعة: لا يستقضى من ليس بفقيه.

قال أشهب فيها، والأخوان وأَصْبَغ في الواضحة: لا يصلح كونه صاحب حديث لا فقه معه، ولا صاحب فقه لا حديث معه، ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه، فإن لم يوجد إلا عالم غير مرضي، ومرضي غير عالم، فروى أَصْبَغ: يولى العدل؛ لأنه يستشير أهل العلم.

وجعل ابن زرقون كونه عالمًا من القسم المستحب، وكذا ابن رُشْد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالمًا يسوغ له الاجتهاد.

وقال عياض وابن العربي والمازري: شرط كونه عالمًا مجتهدًا أو مقلدًا إن فقد المجتهد كشرط كونه حرًّا مسلمًا.

ابن الحاجب: وقال الباجي: العلم من الثالث.

قُلتُ: يعني المستحب، وعزوه للباجي وهم؛ إنما هو لابن رُشْد، وغيره في ذلك، عزوه ابن شاس للشيخ أبي الوليد فظنه الباجي، ومراد ابن شاس أنه ابن رُشْد، وقد تقدم هذا، والكلام فيه في المغارسة.

المازري: اختلف في انعقاد ولاية المقلد، ونفوذ أحكامه، فمنعه الشافعي، وهو الذي حكاه أئمتنا عن المذهب، وأجازه أبو حنيفة قال: ويستشير المجتهد، قال: وزماننا عار من الاجتهاد، وفي إقليم المغرب فضلاً عن قضائه، فمنع ولاية المقلد تعطيل

الأحكام، وأحوال المقلدين مختلفة قد يولى عامي لغناه وتحليه بتسمية العدالة والوقار، ولا له من حظ من مجالسة العلماء ما يميز به ما يجب قبوله من أحد الخصمين، وما لا يوجب على خصمه حقًا أو جوابًا وما لا، وإن كتب له عما سأل عنه؛ لم يفهم موانع الجواب، وما يعرض فيه من احتمال بحيث يعيد السؤال عنه، فمثل هذا لا تجوز ولايته، ومن يفتي في هذا الزمان أقل حاله أن يكون مطلعًا على روايات المذهب، وتأويل الأشياخ لها، وتوجيههم ما اختلف ظواهر بعضها مع بعض، وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق للفهم تباعدها إلى غير ذلك، مما بسطه الأشياخ، فهذا لعدم المجتهد يقتصر على نقله.

واختلف أصحاب الشافعي في جواز إفتاء المفتي إذا كان مجتهدًا في مذهب إمام، وبجوازه أخذ القفال، وهو مبني على جواز تقليد الميت.

قُلتُ: في هذا الإجراء نظر، والأقرب فهمه على أن جواز تقليد الميت يمنع إفتاء المجتهد الخاص، ومنعه تخييره خوف التعطيل.

ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد، ومع عدم المجتهد جائز، ويحكم بنص مقلده، فإن قاس عليه، أو قال: يجيء هذا من كذا فتعد.

قُلتُ: يرد كلامه بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام؛ لأن الفرض عدم المجتهد؛ لامتناع تولية المقلد مع وجوده، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه، ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى؛ تعطلت الأحكام، وبأنه خلاف عمل متقدمي المذهب كابن القاسم في المدَوَّنة في قياسه على أقوال مالك، ومتأخريهم كاللخمي، وابن رُشْد، والتونسي، والباجي، وغير واحد من أهل المذهب؛ بل من تأمل كلام ابن رُشْد وحده يعد اختياراته بتخريجاته في تحصيله الأقوال أقوالاً، ففي صحة قول المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رُشْد، وعياض مع ابن العربي والمازري قائلاً: هو محكي أئمتنا عن المذهب، ومع فقده جائز، ومع وجود المجتهد أولى اتفاقًا فيهما.

وأما شرط الفتوى؛ ففيها: لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس

أهلاً للفتوى.

قال سَحنون: الناس هنا العلماء.

قال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلاً لذلك.

قُلتُ: وقع هذا في رسم الشجرة تطعم بطنين من جامع العتبيَّة لابن هرمز فما ذكره مالك عنه، وليس فيه، ويرى هو نفسه أهلاً لذلك، فقال ابن رُشْد: زاد في هذه الحكاية في كتاب الأقضية من المدَوَّنة: ورأيت نفسك أهلاً لذلك، وهي زيادة حسنة؛ لأنه أعرف بنفسه، وذلك أن يعرف من نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد، وذلك علمه بالقرآن، وناسخه ومنسوخه، ومفصله من مجمله، وعامه من خاصه، وبالسنة مميزًا بين صحيحها وسقيمها، عالمًا بأقوال العلماء، وما اتفقوا عليه، وما اختلفوا فيه، عالمًا بوجوه القياس، ووضع الأدلة مواضعها، وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام.

وفي نوازل ابن رُشْد: أنه سئل عمن قرأ الكتب المستعملة مثل المدَوَّنة والعتبيَّة دون رواية، أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية، هل يستفتى وإن أفتى، وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب من قرأ هذا الكتب، وتفقه فيها على الشُيُوخ، وفهم معناها، وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع، وذكر ما نقلناه عنه في البيان قال: فهذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل، ولا نص فيه باجتهاده، قال: ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصلح أن يستفتى في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي برأيه إلا أن يعلم برواية من عالم، فيقلد فيما يخبر به، وإن كان فيه اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده إن كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح.

قُلتُ: وهذا حال كثير ممن أدركناه، وأخبرنا عنه أنهم كانوا يفتون، ولا قراءة لهم في العربيَّة فضلاً عما سواها من أصول الفقه، وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس من قال: ما فتحت كتابًا في العربيَّة على أحد، ومثله ولي القضاء في أوائل هذا القرن ببجاية، وقد رأيت بعض هؤلاء يقرءون التفسير، وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضي وقته، فلما مات أقرأه، وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم تكن له مشاركة

في علم العربيَّة من إقراء التفسير، ثم كان في حضرته من يقربه؛ بل ولاه محل إقرائه، وهو ممن لم يقرأ في العربيَّة كتابًا، والله أعلم بحال ذلك كله.

وفي المقدمات: ينبغي للقاضي أن يكون عالمًا بما لا بد منه من العربيَّة، واختلاف معاني العبارات لاختلاف المعاني باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات.

وقال القرافي: ما حاصله لمن حفظ روايات المذهب، وعلم مطلقها ومقيدها، وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظًا له منها لا يجوز له تخريجه على محفوظه منها إلا إن كمل علم أصول الفقه وكتاب القياس، وأقسامه وترجيحاته، وشرائطه وموانعه، وإلا حرم عليه التخريج، قال: وكثير من الناس يتعرضون على الترجيح دون هذه الشرائط؛ بل صار يفتي من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول إمامه، وذلك لعب وفسق وشرط، التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفًا الإجماع، ولا نص ولا قياس جلي؛ لأن القياس عليه حينئذ معصية، وقول إمامه ذلك غير معصية؛ لأنه باجتهاد إن أخطأ فيه، فلا يأثم.

وتحصيل حفظهم القواعد الشرعيَّة إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها، وأصول الفقه لا تفيد ذلك؛ ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد.

قُلتُ: قوله: (ليس مخالفًا لإجماع، ولا نص)؛ أما الإجماع؛ فمسلم، وأما النص؛ فليس كذلك؛ لنص مالك في كتاب الجامع من العتبيَّة، وغيره على مخالفته نص الحديث الصحيح إذا كان العمل بخلافه.

قال ابن الحاجب: فإن لم يكن مجتهد فقلد؛ فيلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل: لا يلزمه.

قال ابن عبد السلام: ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس، وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منها ما هو أحرى على أصل إمامه مما ليس كذلك، ومن لم يكن بهذه المرتبة يظهر من كلام الشُيُوخ اختلاف في جواز توليته، وهذه المسألة مفرعة على جواز تقليد الميت.

قُلتُ: قوله: اختلاف في جواز توليته إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى؛ فصحيح، وإن أراد مع فقده، فظاهر أقوالهم صحة توليته؛ خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك، وقول ابن الحاجب، وقيل: لا يلزمه، وقيل: لا يجوز له إلا باجتهاد.

ابن عبد السلام: يعني: إن ولي المقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أو لا؟ والأصل عدم اللزوم؛ لأن المتقدمين لم يكونوا يجبرون على العوام اتباع عالم واحد، ولا يأمرون من مال أحدهم عن مسألة أن لا يسأل غيره؛ لكن الأول من حق القاضي لزوم طريقة واحدة، وإنه وإن قلد إمامًا لا يعدل عنه لغيريه؛ لأن ذلك يؤدي لتهمته بالميل، ولما جاء من التخلي عن الحكم في قضيَّة بحكمين مختلفين.

قُلتُ: حمله كلام المؤلف على أن في لزوم المقلد اتباع قول إمامه، وجواز انتقاله عنه إلى قول غيره قولين فيه نظر؛ لأن القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين في المذهب فيما أدركت، والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربي، ويحكم بنص قول مقلده، فإن قاس عليه، أو قال: يجيء من هذا كذا فمتعد، وبقول التونسي، واللخمي، وابن رُشْد، والباجي، وأكثر الشُيُوخ بالتخريج من قول مالك، وابن القاسم وغيرهما، حسبما قدمناه عنهم، قال ابن عبد السلام: وقوله: وقيل: لا يجوز إلا باجتهاده؛ يعني أنه لا يجوز تولية المقلد البتة، ويرى هذا القائل أن مواد الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم، كما أخبر به ﷺ، وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ.

قُلتُ: حمله على عدم تولية المقلد مطلقًا؛ هو ظاهر لفظه، وقبوله إياه يقتضي وجوده في المذهب، ولا أعرفه إلا ما حكاه المازري عن الباجي في تعليله منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون الآخر، فإن ذلك يوجب التعطيل؛ لأن غالب المجتهدين الخلاف، والمقلدان توليتهما ممنوعة، كذا نقل المازري عن الباجي، ولم أجده له في المنتقى، ولا في كتاب ابن زرقون، وما أشار إليه من يسير الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الشُيُوخ: أن قراءة مثل هذه الجزوليَّة والمعالم الفقهيَّة، والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق، ونحو ذلك يكفي في تحصيل آلة الاجتهاد.

قُلتُ: يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين، والصحاح للجوهري، ونحو ذلك من كتب غريب الحديث، ولا سيما مع نظر كلام ابن القطان، وتحقيقه أحاديث الأحكام، وبلوغ درجة الإمامة، أو ما قاربها في العلوم المذكورة غير مشترطة في الاجتهاد إجماعًا، وقال الفخر ابن الخطيب: في المحصول، وتبعه السراج في تحصيله، والتاج في حاصله في كتاب الإجماع ما نصه: ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد؛ كان قوله حجة، فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد في عصرهما، والفخر بن الخطيب توفي يوم عيد الفطر سنة ست وستمائة، ولكن قالوا في كتاب الاستفتاء ما نصه: انعقد الإجماع في زمننا على تقليد الميت؛ إذ لا مجتهد فيه، والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض في قوله باجتهاد عائد على مقلده بفتح اللام، ومعناه: أنه يجوز للقاضي المقلد لمالك مثلاً في المسألة التي لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد إمامه؛ أي: بقواعده المعروفة في طرق الأحكام الكليَّة؛ كقاعدته في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس، وكقوله بسد الذرائع إلى غير ذلك من قواعده المخصوصة به في أصول الفقه، ولا يجوز له أن يجتهد في القياس على قوله اجتهادًا مطلقًا من غير مراعاة قواعده الخاصة به، فيتحصل من نقل ابن الحاجب في اجتهاد المقلد فيما لا نص فيه لمقلده ثلاثة أقوال المنع مطلقًا، وهو نص ابن العربي، وظاهر ما تقدم من نقل الباجي، ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه، والثاني جواز القياس له مطلقًا من غير مراعاة قواعده الخاصة به، وهو قول اللخمي وفعله؛ ولذا قال: قال عياض في مداركه: له اختيارات خرج بكثير منها عن المذهب، والثالث جواز اجتهاده بقيد مراعاة قواعد إمامه الخاصة به، وهذا هو مسلك ابن رُشْد، والمازري، والتونسي، وأكثر الإفريقيين والأندلسيين.

وأما الملازمة في قوله: وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ، ففي صدقها نظر أن تقريرها إن خلي الزمان عن مجتهد اجتمعت الأمة على الخطأ، وهذه مصادرة؛ لأنه لا يلزم كونها مخطئة إلا إذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد، وأما إذا كان جائزًا؛ فلا، والمسألة مشهورة في أصول الفقه.

قال ابن الحاجب: يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافًا للحنابلة.

زاد الآمدي وغيره، وجوزه آخرون: وهو المختار، وعد ابن الحاجب كونه فطنًا من القسم الأول، وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفى بالعقل التكليفي؛ بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيدًا من الغفلة، وعده ابن رُشْد، وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغافل من القسم الأول، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رُشْد أنسب؛ لأن فطنًا من أبنية المبالغة كحذر والمبالغة فيها مستحبة لا لازمة، والمعروف أن كونه معتقًا غير مانع، ومنعه سَحنون استحقاقه بملك.

قال سَحنون: ولا بأس بولاية ولد الزنا، ولا يحكم في حده.

الباجي: الأظهر منعه؛ لأن القضاء موضع رفعة؛ فلا يليها ولد الزنا كالإمامة.

الصقلي عن أَصْبَغ: لا بأس أن يستقضى من حد في زنا إن تاب، ورضيت حاله، وكان عالمًا، ويجوز حكمه في الزنا، وإن لم تجز شهادته فيه؛ لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطأ، ولا تجوز شهادته، وعزاه الباجي لكتاب أَصْبَغ ابن رُشْد خصاله المستحبة كثيرة منها كونه من أهل البلد.

قُلتُ: قيل: ليس علمه بحال من يشهد عنده، فيقبل العدل، ويرد غيره، فقضاة بلدنا يجعلون ذلك في قضاة الكور موجبًا للرغبة عنه لفساد القضاة بالميل إلى قرابتهم ومعارفهم.

ابن رُشْد: ومنها: أن يكون غنيًّا ليس بمحتاج، ولا مديان.

اللخمي وابن رُشْد عن سَحنون: إن كان فقيرًا أغني.

ابن رُشْد: وقضي عنه دينه قبل أن يجلس قال: ومنها أن يكون معروف ليس بابن لعان غير محدود في زنا ولا قذف ولا سرقة.

قال عمر بن عبد العزيز: وأن يكون ذا نزاهة عن الطمع مستخفًا باللائمة؛ يريد: أنه يدير الحق على من دار عليه لا يبالي من لامه على ذلك، وقيل: بالأئمة مستشيرًا لأهل العلم.

اللخمي: روى ابن حبيب: لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد، فإن اجتمع فيه منها خصلتان؛ رأيت أن يولى العلم والورع.

ابن حبيب: فإن لم يكونا فعقل، وورع بالعقل يسأل، وبالورع يقف إذا طلب العلم وجده، وإن طلب العقل؛ لم يجده.

ابن رُشْد: يريد بالعقل: العقيل الحصيف، وأما عقل التكليف، فشرط في صحة الولاية، وقال الطرطوشي وزاد: وليس بحسن الزيادة في عقله المفضية إلى الدهاء والمكر، فإن هذا مذموم، وقد عزل عمر ﷺ زياد بن سميَّة، وقال له: كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك، وكان من الدهاة، وقال ابن الحاجب في الصفات المستحبة: كونه سليمًا من بطانة السوء.

قُلتُ: الذي في المعونة أخص من هذا، وهو أن يستبطن أهل الدين والأمانة، والعدالة والنزاهة، فيستعين بهم، وهذا أخص من كونه سليمًا من بطانة السوء، وأما نفس السلامة من بطانة السوء، فمقتضى قول أَصْبَغ أنها من الشروط الواجبة، قال الشَّيخ عنه: ينبغي للإمام أن يعزل من قضاته من يخشى عليه الضعف والوهن، وبطانة السوء، وإن أمن عليه الجور، ولما ذكر ابن عبد السلام قول ابن الحاجب الدهاء فقد عزل عمر زيادًا لذلك، قال: أعلم بصحة هذه الحكاية، وما رأيت من ذكر زيادًا من قضاة عمر ﷺ، فقد ولى عمر عمرو بن العاص، والمغيرة بن شعبة، ومعاوية، وولى عمر زيادًا، وقيس بن سعد بن عبادة، وهؤلاء هم دهاة العرب، وكان عمر إذا استضعف عقل رجل قال له: سبحان من خلقك، وخلق عمرو بن العاص.

قُلتُ: إنكاره هذه الحكاية، وقوله: ما رأيت من ذكر زيادًا في قضاة عمر إلى آخره لا يليق بها أعلم من مشاركته في علم السير والأخبار، فإن هذه الحكاية موجودة في غير كتاب واحد، قال أبو عمر في الاستيعاب: زياد بن أبي سفيان، ويقال: زياد بن أميَّة، وزياد بن سميَّة، ويقال له قبل الاستلحاق: زياد بن عبيد الثقفي؛ أمه سميَّة جارية الحارث بن كلدة، واختلف في مولده؛ قيل: عام الفتح، وقيل: عام الهجرة، وقيل: يوم بدر، يكنى أبا المغيرة لا صحبة له ولا رواية، كان داهية، خطيبًا له قدر وجلالة عند

أهل الدنيا، اشترى أباه عبدًا فأعتقه، كان عمر بن الخطاب استعمله على بعض صدقات البصرة، أو بعض أعمال البصرة، فلما شهد على المغيرة مع أخيه أبي بكرة وأخيه نافع، وشبل بن معبد، وحدهم ثلاثتهم عمر دونه؛ إذ لم يقطع الشهادة زياد، وقطعوها عزله، فقال له زياد: يا أمير المؤمنين أخبر الناس أنك لم تعزلني لخزية، وقال بعض الأخبار: أنه قال له: ما عزلتك لخزية، ولكني كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك، فالله أعلم إن كان ذلك كذلك، ثم صار زياد مع علي ﷺ، فاستعمله على بعض أعماله، فلم يزل معه إلى أن قتل.

قُلتُ: وهذا نص بنقل الحكاية والمقالة المذكورة، فإن قيل: إنما أنكر الشَّيخ حكاية أنه قدمه قاضيًا، والحكاية المذكورة ليست في القضاء.

قُلتُ: تولية عمر ﷺ من ولاه مستلزمة توليته القضاء فيما ولاه عليه، يؤيده قول الشَّيخ، فقد ولى عمر عمرو بن العاص والمغيرة ومعاوية، وما كانت تولية هؤلاء إلا مطلقة، لا مخصوصة بولاية القضاء؛ بل عامة، فيها وفي غيرها، وتولية الإمام قاضيه تثبت بإشهاده بها نصًّا، قال المازري: والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة بتواترها والقرائن على علم ذلك، ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام إن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء بجواز أن يقرأ القارئ ما ليس في الكتاب، ولو قرأه الإمام؛ صحت.

قُلتُ: سماع الإمام المقروء عليه سماعه، وسكوته يحصل العلم ضرورة بتوليته إياه، ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع.

المازري: ويصح في ولاية القضاء التحجير لو ولاه قضاء بلد إلا في رجل سماه صح ذلك، والقاضي إن أذن في استخلافه؛ جاز استخلافه، ومن نهى عنه؛ منع، وإلا منع لغير عذر، وفي منعه لمرضه أو سفره نقلا الشَّيخ عن سَحنون في المجموعة والأخوين، وأَصْبَغ والمتيطي، وغيره: للقاضي أن يقدم على المناكح من ينظر فيها، ويتولى عقد فضولها، ويستبد المقدم فيما قدم فيه دون مطالعة من ولاه، ونقل ابن شاس: شرط علم المستخلف بأحكام ما استخلف فيه هو مقتضى اتفاق المذهب على وجوب علم الحاكم بما به يحكم، وفي النوادر عن الواضحة: وظاهره لابن الماجِشُون: ليس

للقاضي أن يستخلف بعد موته.

الشَّيخ عن ابن عبد الحكم: إن كان عمل القاضي متسعًا؛ استأذن الأمير في أن يولي على ما يرى من عمله من يحكم فيما لا ينظم من الأمور في الموضع الذي يشق على أهله الشخوص منه إليه ممن ولاه؛ جاز حكمه، فيكون القاضي مستشرفًا عليه، ويعزل من رأى عزله، وإن لم يأذن له الإمام في ذلك؛ لم يكن له توليته، وخصل من يكاتبه في الكشف ونحوه، ولم يحك الشَّيخ غير هذا.

وقال المتيطي وابن فتحون: إن كان نظر القاضي واسعًا، وأقطار مصره متباينة؛ فلا يرفع الخصم إلى المصر إلا فيما قرب من الأميال القليلة، وليقدم في الجهات البعيدة حكامًا ينظرون بين الناس هذا مشهور المذهب، ومنع منه ابن عبد الحكم إلا بإذن الإمام.

المتيطي: ولا ينعزل مقدم القاضي على يتيم بموته، ولا خلاف فيه.

ابن العطار: اختلف فيها فقهاؤنا؛ ولذا استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه فيما ينفقد من تصرف ولي التيتيم، وقد وجد ذلك في قديم الوثائق، وإن كان القول بعدم توقفه على إمضاء الثاني هو الصواب.

الشَّيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ: إن منع الإمام قاضيه الحكم بين خصمين، فإن كان قبل أن يتبين له الحق؛ أطاعه وإلا أنفذه، إلا أن يعزله رأسًا، وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين، وإن خالف معتقد المستخلف اجتهادًا أو تقليدًا؛ يخرج على شرط ذلك الإمام في توليته قاضيه عليه في صحته، وبطلان توليته بذلك ثالثها: يبطل الشرط فقط؛ لظاهر نقلهم عن سَحنون أنه ولى رجلاً سمع كلام بعض العراقيين، وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة.

المازري: مع احتمال كون الرجل مجتهدًا مع نقل الباجي: كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في محله إلا أن يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجده، والطرطوشي لقوله فيما حكاه الباجي: هذا جهل عظيم، ونقل المازري عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الأقوال بإبطال فاسد الشرط في عقد البيع مع صحة العقد

قال: وقال بعض الناس: إن كان القاضي على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده؛ نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدًا؛ أداه اجتهاده إلى الخروج عنه؛ لتهمته أن يكون خروجه حيفًا أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة، ومقتضى الأصول خلافه، والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده، وتجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص كل واحد منهما بناحية من البلد، أو نوع من المحكوم فيه؛ لأن هذه الولاية يصح فيها التخصيص والتحجير، أو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معين مع ذلك.

قال ابن فتحون: وقد تفرد القضاة في بعض البلاد بخطة المناكح فيولاه على حدة.

قُلتُ: كما في بلدنا تونس قديمًا وحديثًا من تخصيص أحدهما بأحكام النكاح ومتعلقاته، والآخر بما سوى ذلك.

قال: وكذا على عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه، ومنعه بعض الناس بمقتضى السياسة؛ خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم، ومقتضى أصول الشرع جوازه؛ لأن لذي الحق استنابة من شاء على حقه، ولو تعددوا، والتنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب، وإن تطالبا؛ قضى لكل منهما فيما هو فيه طالب بمن يريده. فإن تنازعا في التبدية؛ بدي الأول، فإن اقترعا؛ ففي القرعة، وترجيح من دعا إلى الأقرب خلاف، واستدل على جواز التعدد بالقياس على تولية الواحد؛ لبقاء حكم الإمام معه، وفرق يسير رفع التنازع عند اختلاف حكمهما بعزل الإمام قاضيه، وتعذر عزل أحد القاضيين الآخر، وجواز تعددهما بشرط وقف نفوذ حكمهما على اتفاقهما، منعه ابن شعبان وقال: لا يكون الحاكم نصف حاكم، وغلا فيه الباجي؛ فادعى الإجماع على منعه، وأجاب عن الاعتراض بتعدد حكمي الصيد والزوجين بأنهما: إن اختلفا؛ انتقل لغيرهما، والقاضيان هما بولاية لا يصح التنقل فيها بعد انعقادهما، واختلافهما يؤدي لتضييع الأحكام، والغالب اختلاف المجتهدين، وإن كانا مقلدين؛ فولاية المقلد ممنوعة، وعندي أنه لا يقوم دليل على المنع إن اقتضت ذلك مصلحة، ودعت إليه ضرورة في نازلة؛ ليرى الإمام أنه لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها، فإن

اختلف نظرهما في ذلك؛ استظهر بغيرهما.

قُلتُ: منع الباجي وابن شعبان؛ إنما هو في تولية قاضيين ولاية مطلقة لا في مسألة جزئيَّة كما فرضه المازري قال: وذكر أبو الوليد أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاث قضاة على هذه الصفة، ولم ينكره من كان بذلك البلد من الفقهاء به.

وفيها مع غيرها: لو أن رجلين حكَّما بينهما رجلاً، فحكم بينهما؛ أمضاه القاضي، ولا يرده إلا أن يكون جورًا بينًا.

قُلتُ: ظاهره: ولو كان مخالفًا لما عند القاضي، وليس بجور؛ ابن حارث لسَحنون عن ابن القاسم: ليس له فسخه إن خالف رأيه، سَحنون: وأنا أرى أن له رده.

اللخمي: إنما يجوز التحكيم لعدل مجتهد، أو عامي يحكم باسترشاد العلماء، وتحكيم غيرهما خطر، والغرر في الحكم أشد منه في البيع.

المازري: تحكيم الخصمين غيرهما جائز، كما يجوز أن يستفتيا فقيهًا يعملان بفتواه في قصتهما.

قُلتُ: ظاهر قولهما جوازه ابتداء، ولفظ الروايات؛ إنما هو بعد الوقوع، وإنما يجوز فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه.

اللخمي وغيره: إنما يصح في الأموال، وما في معناها.

سَحنون: لا ينبغي في لعان ولا جد؛ إنما هو لقضاة الأمصار العظام، أَصْبَغ: ولا في قصاص ولا طلاق، ولا عتق ولا نسب ولا ولاء؛ لأنها للإمام، ولو قال: اضربني حدّك، وأستوف قودك؛ لم يصلح في القود، وكذا النفس.

وأما الجراح: فإن أقاده في الجرح من نفسه؛ فلا بأس إن كان نائبًا عن السلطان.

قُلتُ: كذا ذكره اللخمي، والمازري، والشَّيخ في النوادر، وفي عطف النفس والجراح: على القود، نظر؛ لاقتضائه أنه غيرهما، وقوله: إن كان نائبًا عن السلطان؛ يخرج المسألة عن كونها تحكيمًا، كذا وجدته في نسخة عتيقة من النوادر، وفي بعض نسخ اللخمي: إن كانا نائبين؛ وظاهره: إنه من تأمى إذا بعد؛ فلا تخرج عن التحكيم، ورجوع أحدهما بعد حكمه لغو، ابن رُشْد: اتفاقًا وقبله فيه طرق.

الصقلي: في منعه: ولو لم يقاعده وصحته مطلقًا ثالثها: إن أقيمت أبنية، لابن الماجِشُون، وسَحنون، وابن القاسم.

ابن رُشْد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في الشهادات في صحة نزوعه قبل الحكم قولا مُطَرِّف وابن الماجِشُون.

الشَّيخ: في صحة رجوع أحدهما: ولو لم يقاعده ثالثها: قبل النظر في شيء من أمرهما لا بعده، لسَحنون وابن الماجِشُون ومُطَرِّف قال أَصْبَغ: كما ليس له إن تواضعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلاً أو يعزله.

قُلتُ: فالأقوال أربعة، وعزوها واضح، ولابن الماجِشُون ولابن حارث: إن نظر المحكم بينهما؛ لم يكن لأحدهما رجوع اتفاقًا.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: إن حكم المحكم، ولم يشهد على حكمه؛ لم يصدق على ذلك الحكم، وإذا حكم؛ كتب للمقضي عليه: قضيت لفلان بن فلان على فلان بن فلان، كما يكتب القاضي.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: إن حكماه بحكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه؛ أنفذ السلطان حكمه لقود أو لحد، ونهاه عن العود، وإن كان أقام هو ذلك؛ فقتل، واقتص، وضرب الحد، ثم رفع للإمام زجره وأدبه، وأمضى صواب حكمه، وكان محدوده بالقذف محدودًا، والتلاعن عنده ماضيًا.

المازري: كل من جاز للإمام توليته؛ جاز تحكيمه.

اللخمي: اتفقت أقوال من يذكر بعد على أن لا يحكم جاهل بالحكم؛ لأنه تخاطر، ولا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا موسوس اتفاقًا، والعبد والمرأة، والمسخوط والصبي في لغو حكمهم ثالثها: في الصبي فقط، ورابعها: والمسخوط، لمُطَرِّف، وأَصْبَغ، وأشهب، وابن الماجِشُون: وشرط الثلاثة علم المحكم بالقضاء، وللشيخ عن أَصْبَغ كأشهب.

ابن الحارث: لا يجوز تحكيم صبي ولا معتوه ولا موسوس.

اللخمي: إن حكم مالكيان مالكيًا؛ لم يلزمهما حكمه بغير مذهب مالك.

المـازري: ولأحد الخصمين تحكيم خصمه في خصومتهما إن كـان المحكم عـدلاً عارفًا، زاد اللخمي: عارفًا مجتهدًا أو عاميًّا، واسترشد العلماء، وهو هنا أشد تخاطرًا إن دخل على الحكم بالجهل، أو على حكم غير عدل منه إن كان المحكم أجنبيًّا.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: لا أحب لخصم القاضي أن يحكمه فيما بينهما، فإن نزل؛ مضى، وليذكر رضاه بذلك، ثم ذكر عن ابن حبيب للأخوين: لو حكم أحد الخصمين صاحبه، فحكم لنفسه أو عليها؛ مضى ما لم يكن جورًا أو خطأً بينًا.

قُلتُ: ينبغي إن كان جورًا عليه ماليًا أمضاه؛ لأنه منه معروف لخصمه، قال: أوليس تحكيم الخصم خصمه؛ كتحكيم خصم القاضي للقاضي.

قُلتُ: ظاهره: عدم نفوذه حكمه إن حكم لتفرقته بينه وبين من ليس قاضيًا، ففي جواز تحكيم الخصم خصمه مطلقًا، وكراهته إن كان القاضي ثالثها: لا ينفذ حكمه إن كان القاضي كنقل المازري واللخمي عن المذهب، والشَّيخ عن أَصْبَغ، وظاهر قول الأخوين: قال ابن الحاجب: ولو حكم خصمه؛ فثالثها: يمضي ما لم يكن المحكم القاضي.

قُلتُ: القول بعدم مضيه مطلقًا، وإن قبله، ابن هارون وابن عبد السلام: لا أعرفه، ولم يحكه ابن شاس.

وقول ابن عبد السلام: أشار بعض الشُيُوخ أو صرح أنه لا خلاف أن حكم القاضي بتحكيم خصمه غير ماضٍ لا أعرفه، وقد تقدم نص أَصْبَغ: إن نزل؛ مضى، ويجب تفقد الإمام حال قضاته، فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبًا فورًا، أو من يخشى مفسدته استحبابًا، ومن غيره أولى منه؛ عزله له راجح.

الشَّيخ عن ابن حبيب عن أشهب ومُطَرِّف: ينبغي للإمام أن لا يغفل عن تفقد قضاته، كان عمر ﷺ يقدم كل عام أمراءه ومعهم من عملهم رجال، فإن أرادوا بدل عاملهم ؛عزله وأمر غيره.

أَصْبَغ: يعزل من يخشى ضعفه ،ووهنه، وبطانة السوء، وإن أمن جوره في نفسه، ولا بأس إن عزل لغير دنيَّة أن يخبر الناس ببراءته، كما فعل عمر بشرحبيل بن حسنة،

وإن عزله عن سخطة؛ حق عليه شهرته، وإذاعته، وعزله بالشكاية به إن لم يكن مشهورًا بالعدالة حتى وجوبه بها أو الكتب إلى صالحي بلده؛ ليكشفوا عن حاله، فإن كان على ما يجب وإلا عزل ثالثها: إن وجد بدله، وإلا فالثاني للشيخ عن أَصْبَغ، وغيره ومُطَرِّف قائلاً: لا يعزل بها مشهور العدالة، وقال أشهب: يعزل، وإن كان مشهورًا بالرضى معها إذا وجد منه بدلا في حاله، وقد عزل عمر سعدًا بالشكيَّة، وسعد أنفذ حجة، وأظهر براءة ممن بعده إلى يوم القيامة، وإن تظاهرت الشكيَّة؛ وقفه بعد عزله للناس، فيرفع من يرفع، ويحقق من يحقق، فقد وقف عمر سعدًا، فلم يصح عليه مكروه وبرأه الله، وكان عند الله وجيهًا

المازري: إن علم علم القاضي وعدالته، ولم يتقدم فيه قادح؛ لم يعزل بالشكيَّة، وسئل عن حاله بسببها سرًا، فإن ثبت فيه مطعن؛ عزل وإلا أقر، ومن لم يتحقق عدالته في عزله بمجردها قولا أَصْبَغ وغيره، واحتج أَصْبَغ بعزل عمر سعدًا.

قُلتُ: تخصيصه الخلاف بمن لم يتحقق عدالته مع قبوله الاحتجاج بقضيَّة سعد متناقضة؛ لأن سعدًا ممن علم علمه وعدالته.

ابن عبد السلام: في النفس شيء من احتجاج الفقهاء في مسألة القضاة بقضيَّة سعد وشبهها عن الأمراء؛ لأن نظر الأمراء أوسع؛ لأن له الاعتماد على علمه، وعلى ما سئل عنه خفيَّة، وعلى ما يظنه ويتوهمه، فيتطرق إلى الكلام فيه بسبب ذلك، فللخليفة عزله بمجرد الشكوى، والقاضي نظره مقصور على مسائل الخصام، وهو مستند فيها إلى الإقرار والبينة وشبه ذلك، فيظهر عدله وجوره؛ فلا ينبغي أن يقتصر في عزله على مجرد الشكوى، ولا سيما مشهور العدالة؛ ولذا لم يحفظ أن عمر عزل قاضيًا بمجرد الشكوى، قلت: حاصله ترجيح القول التالي، ولا ينفق مطلقًا؛ بل الصواب بين مجرد الشكوى بقاضي بلد الخليفة، وغيره ليسر الاطلاع على حال من ببلده، وعسر الاطلاع على حال غيره.

المازري: إذا كان في العزل مصلحة للعامة؛ أمر الإمام بالمبادرة إليه، وعن عمر أنه قال: لا يسألني قوم عزل أميرهم إلا عزلته، وإن وجد الإمام أفضل ممن ولي؛ فله

عزله لتولية الأفضل، وإن لم يجد إلا من هو دونه؛ فلا يعزله، فإن عزله؛ لم تنفذ عزلته.

قُلتُ: في عدم نفوذ عزلته نظر؛ لأنه يؤدي إلى لغو توليته غيره، فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين.

ابن الحاجب: إن عزله عن سخطه؛ فليظهره، وعن غيره؛ فليبرئه، وقد عزل عمر شرحبيل فقال: أعن سخطة يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا، ولكن وجدت أقوى منك، قال: إن عزلك عيب، فأخبر الناس بعذري ففعل، وتعقبه ابن عبد السلام احتجاجه بقضيَّة شرحبيل؛ لأن تبرئته كانت بطلبه ذلك لا ابتداء من عمر؛ يرد بأن إجابته توجب كونه حقًا له فيجب؛ بل يرد بعموم دعواه في كل واد، وخصوص حجته بالإمام المعلوم؛ كون أفعاله لا عن هوى كعمر، ولا يلزم من لزوم تبرئته المبرأ؛ حيث العزل من مثل عمر لزومه من حيث كونه من غيره؛ لجواز كونه عن هوى، ولا يخفى حال الولاة في ذلك، وقد انتهى الأمر؛ لكون العزل لتولية الغير بالرشا.

الشَّيخ: لابن حبيب عن أَصْبَغ: لا ينعزل القاضي بموت موليه الإمام أو أميره.

المازري: ذكر أصحاب الشافعي: إن ولى القاضي رجلاً على أمر معين؛ كسماع بينة؛ انعزل عن ذلك بانعزال القاضي، وإن ولاه حكومة مستقلة؛ ففي انعزاله بانعزاله ثالثها: إن لم يكن بإذن من ولاه؛ قلت: لم يعز المذهب منها شيئًا، ومفهوم ما تقدم لأَصْبَغ انعزال نائب القاضي في حكم بموته أو عزله.

وفيها: إذا مات القاضي أو عزل، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها؛ لم ينظر فيه من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقدم عليه بينة، وإن قال المعزول: ما في ديواني شهدت به البينة عندي؛ لم يقبل قوله، ولا أراه شاهدًا، فإن لم تقم بينة على ذلك؛ أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة، وللطالب أن يحلف المطلوب أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد، وتمامها يأتي في الشاهد واليمين، وعبر ابن الحاجب عن ذلك بقوله: ولو قال بعد العزل: قضيت بكذا، أو شهد بأنه قضى؛ لم يقبل، ومفهوم قوله: بعد العزل؛ أنه قبل العزل يقبل قوله مطلقًا، وليس كذلك، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: شهادة القاضي بقضاء قضى به وهو معزول أو غير معزول؛ لا يقبل.

ابن رُشْد: في هذه المسألة معنى خفي؛ وهو أن قول القاضي قبل عزله: قضيت لفلان بكذا؛ لا يقبل إن كان بمعنى الشهادة؛ كتخاصم رجلين عند قاض، فيحتج أحدهما بأن قاضي بلد كذا قضى له بكذا، وثبت عنده كذا، فسأله البينة على ذلك، فيأتيه من عنده بكتابه: أن حكمت لفلان بكذا أو أنه ثبت عندي لفلان كذا؛ فهذا لا يجوز؛ لأنه شاهد، ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي، فقال له: خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان، أو بما حكمت لي به عليه، فخاطبه بذلك قبل ذلك؛ لأنه مخبر لا شاهد، كما يقبل قوله، وينفذ فيما يسجل به عن نفسه، وشهد به من الأحكام ما دام في قضائه، ووقع للأخوين ولأَصْبَغ ما يعارض هذا السماع حسبما تقدم في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: هو قوله في سماع ابن القاسم بعد ذكره نحو ما تقدم ما نصه: وذكر ابن حبيب أيضًا: أن القاضي إذا كتب بعدالة شاهد من عمله إلى القاضي الذي شهد عنده الشاهد؛ جاز وإن كان المشهود له سأله ذلك، فكتب له ذلك دون أن يكتب إليه القاضي الذي شهد عنده الشاهد؛ جاز، وإن كان المشهود له سأله ذلك، فكتب له ذلك دون أن يكتب إليه القاضي الذي شهد عنده الشاهد يسأله عنه، وحكاه عن الأخوين وأَصْبَغ وهو بعيد.

المازري: إذا ولى الإمام قاضيًا على بلد؛ انبغى قبل خروجه بحثه عن عدول البلد الذي يقدم عليه، إن كان بمكانه من يعرف حالهم؛ ليكون على بصيرة بحالهم، وقد يفتقر للاستعانة في حال قدومه بأحد منهم.

قُلتُ: ولهذا المعنى كنت أفهم من بعض من لقيت ممن يقتدى به أنه ينبغي لمن هو بحيثيَّة ولاية القضاء أو الشورى فيما يعرض من الولايات الشرعيَّة أن يسمع ما يذكر في أبناء الزمان ممن يعتبر قوله وحده أو مع غيره، نبه البناء عليه أحكام التعديل والتجريح الأبنية التفكه، وليس ذلك من سماع الغيبة، ومنع ذلك يوجب تعطيل الأحكام، أو تولية من لا تحل توليته، ولولا هذا؛ ما صح ثبوت تجريح في راو ولا شاهد ولا غيره.

المازري: قال بعض أهل العلم: ينبغي أن يبدأ القاضي بالنظر في المحبوسين، فيعلم من يجب إخراجه ومن لا يجب؛ لأن ذلك أشد من النظر في الأموال، ثم ينظر في الأوصياء في المقامين؛ لكون من يكون له مطالبة عليهم قد لا يعرف عن نفسه، ثم اللقط والضوال، ثم بين الخصوم.

المتيطي وغيره: أول ما يبدأ به القاضي النداء عن إذنه أنه حجر على كل يتيم لا ولي له، وعلى كل سفيه مستوجب للولاية عليه، وأن من علم منكم أحدًا من هذين؛ فليرفعه لنا لسؤلي عليه، ومن باع منهما بعد النداء؛ فهو مردود.

وفيها: لا يتخذ القاضي كاتبًا من أهل الذمة، ولا قاسمًا، ولا عبدًا، ولا مكاتبًا، ولا يتخذ في شيء من أمور المسلمين إلا المسلمين العدول.

اللخمي عن محمد: لا يستكتب القاضي إلا عدلاً حرًا يكتب بين يديه، وينظر فيما كتب، وإذا اضطر لغير عدل؛ كتب بين يديه، ونظر فيما كتب، ولم يجز أن يوكل ذلك إليه، ولا يبعد حمل قول محمد نظر القاضي فيما كتب على الوجوب، وإن كان الكاتب عدلاً؛ ليحمل أمر الخصمين على أمر قطعي، وحمله على أمانة الكاتب؛ حكم بغلبة الظن دون ضرورة، وليس كالمكشف؛ لأنه مضطر إليه.

المازري: وإن كان عدلاً؛ فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وترجيح بعض أشياخي في وجوبه، ولا يبعد وجوبه عليه إلا أن يشق عليه؛ فيسقط، ويثبت الاستحباب، وينبغي أن يكون من يصرفه القاضي في أمور قضائه مأمونًا على ما يصرفه فيه ثقة عدلاً؛ كالحاجب والعون وغيرهما، وينهى عن اتخاذ من يحمي الناس عنه في وقت حاجتهم إليه، ويسوغ له اتخاذ من يقوم بين يديه لصرف أمره، ونهيه وزجره، وكف أذى الناس عنه وعن بعضهم لبعض، ولا يتخذ لذلك إلا ثقة مأمونًا؛ إذ قد يطلع من أمر الخصوم على ما لا ينبغي أن يطلع عليه الخصمان، وقد يرشى على المنع والأذى، وأمين على النساء إن احتجن إلى خصام.

الشَّيخ عن المجموعة وكتاب ابن سَحنون: قال أشهب: ينبغي للقاضي اتخاذ رجل صالح مأمون منبه، أو رجلين بهذه الصفة يسألان عن الشهود في السر في

مساكنهم وأعمالهم.

سَحنون: يتخذ لذلك من هو منه على يقين من حسن نظره في دينه، وإن كانا رجلين؛ فهو أحسن.

اللخمي: وينبغي أن لا يعرف مكشف القاضي؛ لأن فيه فساد.

الشَّيخ عن أشهب: ولا ينبغي للمكشف أن يسأل رجلاً واحدًا أو اثنين، وليسأل ثلاثة فأكثر إن قدر، ومثله لابن حبيب عن الأخوين: ولا ينبغي للمكشف أن يسأل رجلاً إلا أنهما قالا أو يسأل الاثنين والثلاثة، ولا يقتصر على واحد.

أشهب في المجموعة: خوف أن يزكيه من أهل وده، أو يجرحه عدو له.

وسمع القرينان: إن احتكم للقاضي خصوم يتكلمون بغير العربيَّة، ولا يفقه كلامهم؛ ينبغي أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم، واثنان أحب إلي، ويجزئ الواحد، ولا تقبل ترجمة كافر، ولا عبد، ولا مسخوط، ولا بأس بترجمة المرأة إن كانت من أهل العفاف والحق مما تقبل فيه شهادة النساء، وامرأتان ورجل أحب إلي؛ لأن هذا موضع شهادات.

ابن رُشْد: هو كما قال؛ لأن كل ما يبتدئ فيه القاضي بالبعث والسؤال؛ كقياس الجراحات، والنظر للعيوب، والاستخلاف، والقسم، واستنكاه من استنكره سكره، وشبه ذلك من الأمور يجوز فيه الواحد.

قال في المدَوَّنة في الذي يحلف المرأة: أنه يجوز فيه رسول واحد، وسمعه أَصْبَغ من كتاب الحدود في الاستنكاه، ولا اختلاف فيه، والاختيار في ذلك اثنان عدلان، ويجزئ فيه الواحد العدل، وقوله: لا تقبل ترجمة كافر، ولا عبد، ولا مسخوط؛ معناه مع وجود عدول المؤمنين، ولو اضطر لترجمة كافر أو مسخوط؛ لقبل قوله، وحكم به كما يحكم بقول الطبيب النصراني، وغير العدول فيما اضطر فيه لقوله من جهة معرفته بالطب، وقد حكى فضل عن سَحنون أنه قال: لا تقبل ترجمة الواحد، واحتج بقول مالك في القاضي: إذا لم يفقه لسانهم؛ كانوا بمنزلة من لم يسمع؛ ومعناه أنه لا ينبغي له أن يكتفي بترجمة الواحد ابتداء؛ لأنه إن فعل؛ لم يجز، ورد هذا لا يصح أن يكون إفادة.

قُلتُ: ظاهر السماع: صحة ترجمة المرأة، ولو وجد من الرجال مترجم، وساق الشَّيخ معنى هذا الكلام لابن حبيب عن الأخوين بعبارة: لا بأس بترجمة المرأة إذا لم يجد من الرجال من يترجم له، ولابن عبدوس مع ابن سَحنون عنه: لا تقبل ترجمة النساء، ولا رجل واحد، ولا من لا تجوز شهادته؛ لأن من لا يفهم كالغائب.

الشَّيخ: لابن كنانة عن مالك في العتبيَّة: إن لم يجد القاضي لجراحات الناس عدلين؛ أجزأه عدل واحد.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: للقاضي أن يأخذ فيما يبعث إلى النظر فيه؛ لتحقيقه من العيوب فيما لم يفت من عبد أو أمة بمخبر واحد، وإن كان كافرًا أو مسخوطًا، ويكتفى في عيوب النساء بالمرأة الواحدة؛ لأنه خبر، وإن غاب العبد أو مات؛ لم يقبل فيه إلا ما يقبل في الشهادة، وإن غابت الأمة؛ لم يقبل فيها إلا امرأتان، وذلك فيما هو من عيوبهن تحت الثياب من برص وحيض وعذرة وغير ذلك، والمرأتان فيه كرجلين.

وفي نوازل سَحنون: لا يقضي بقول قائف واحد فإن لم يجد القاضي غيره؛ كتب إلى البلدان حتى يأتيه قائف آخر، فإن لم يجد؛ انتظر أبدًا، ولا يقضي بقائف واحد، وأخبرني ابن نافع عن مالك: لا يجوز من القافة إلا اثنان، ولا يكون القائف إلا عدلاً، وإلا لم يجز، وفي سماع محمد بن خالد: لابن القاسم كان مالك يقول: لا يقبل إلا عدلان، وأرى أن العدل الواحد مقبول.

ابن رُشْد: القياس على أصولهم أن نحكم بقول القائف الواحد، وإن لم يكن عدلاً؛ لأنه علم يؤديه، وليس شهادة، كما يقبل قول النصراني في الطب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب؛ كالعيوب والجراحات، فاشتراط ابن القاسم فيه العدالة استحسان، وروى ابن وَهْب: إجازة القضاء بقول واحد منهم، ولم يشترط فيه عدالة، وفي سماع أشهب من كتاب الاستلحاق مثل رواية ابن نافع .

وفيها: قال مالك: القضاء في المسجد من الحق، وهو من الأمر القديم؛ لأنه يرضى فيه بالمدون من المجلس، وتصل إليه المرأة والضعيفو وإن احتجب؛ لم يصل إليه الناس.

اللخمي: في استحباب جلوسه بالمسجد، أو برحابة خارجة عنه ثالثها: لا بأس به في منزله، وحيث أحب لها.

ورواية ابن حبيب قائلاً: كان من مضى يجلس لنا عند موضع الخمائر، أو في رحبة مروان، وما كانت تسمى إلا رحبة القضاء، ولأشهب: والثاني أحسن لقوله ﷺ: «**جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم**»(1)، ولا يعترض باللعان؛ لأنها أيمان يراد بها الترهيب.

المازري عن بعض أشياخي: قول أشهب ثالثًا بتساوي الأمكنة في الاستحباب، ويمكن حمله على التساوي في الإباحة لا الاستحباب.

اللخمي عن ابن شعبان: من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره، ويستحب استقبال القبلة، ولأنه بطرف المصر مضر بالناس هذا في المصر الكبير، وذلك في الصغير أخف، وتبعه المتيطي على أن الأقوال ثلاثة، ونقله المازري غير معزو لابن شعبان كأنه المذهب غير مفرق بين مصر كبير وصغير، وأخبرني بعض من لقيت عن بعض من ولي قضاء توزر أنه تحرى منزلاً بطرق البلد؛ لأنه رآه الوسط بالنسبة إلى الكور التي يتحاكم أهلها إليه، وقول ابن عبد السلام: مال بعض الأندلسيين إلى قول الشافعي بكراهة القضاء في المسجد.

قُلتُ: هو قول اللخمي، وهو خلاف اختيار ابن رُشْد قال في سماع أشهب من كتاب الصلاة: قال عمر بن الخطاب: يقعد بعد الظهر في المسجد يحتمل أنه كان يجلس للحكم بين الناس، والنظر في أمور المسلمين، فقد روي عنه: أنه بلغه عن أبي موسى الأشعري أنه يقضي في العراق بدار سكناه، فبعث إليه رسولاً بأن يضرمها عليه نارًا، فأتى الرسول العراق، فوافى أبا موسى في الدار يقضي، فنزل عن بعيره، وأوقد النار ببابها، فأخبر أبو موسى بذلك، فخرج فزعًا فقال له: ما بالك؟ فقال: أمرني أمير المؤمنين أن أضرمها عليك نارًا لالتزامك القضاء فيها، ثم انصرف الرسول فلم يعد أبو

(1) أخرجه ابن ماجه: رقم (750) في كتاب المساجد والجماعات باب ما يكره في المساجد.

موسى إلى القضاء في داره؛ فلا ينبغي للقاضي أن يقضي إلا في المسجد، فإن ضمته ضرورة للقضاء في داره؛ فتح بابه، ولم يحتجب عن أحد.

وفيها: لا بأس بيسير الأسواط أدبًا في المسجد، وأما الحدود وشبهها؛ فلا.

قُلتُ: أكره مالك للقاضي إن دخله هم أو نعاس أو ضجر أن يقضي إلا في المسجد، قال: سمعته يقول: لا ينبغي له أن يكثر جدًا؛ يريد: أن لا يحمل على نفسه لا يقضي، وبه همٌّ يقضي عن الفهم إلا ما خف مما لا يضر به.

اللخمي والصقلي عن الأخوين: لا بأس أن يتخذ أوقاتًا يجلس إلى الناس فيها، وينظر في ذلك بما هو أرفق به وبالناس.

اللخمي: يلتزم وقتًا من النهار، وليعلمه أهل الخصومات؛ لأنه إن اختلف أضر بالناس، وعلله المازري بتقرر الشرع برفع الحرج.

الصقلي عن الأخوين: ولا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء، ولا بالأسحار ما علمنا من فعله من القضاة إلا لأمر يحدث بتلك الأوقات؛ فلا بأس أن يأمر فيها، وينهى ويسجن، ويرسل الأمين والشرط، أما الحكم؛ فلا، ولأشهب: لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء إن رضي الخصمان، أما إن تكلف الكاره الخصوم؛ فلا، ولا بأس أن يقضي بعد الأذان بالظهر والعصر، والمغرب والعشاء والصبح، ويرسل إلى الخصم ليحضره في بعض هذه الساعات، فيقضي عليه، ونقله المتيطي بلفظ يقضي عليه شاء أو أبى، وهو مناف لأول قوله.

اللخمي: لا يجلب إلى الخصومة بين العشاء ولا بالأسحار، ولا فيما يخاف فواته، والضرر لتأخيره، أو ليمين يخاف حنث حالفها، ولا يجلس أيام العيد.

قال محمد بن عبد الحكم: ولا قبلها كيوم التروية وعرفة؛ يريد: وإن لم يكونوا في حج، ولا يوم خروج الحاج بمصر؛ لكثرة من يشتغل يومئذ بمن سافر، وكذا في الطين والوحل، وكل هذا ما لم يكن ضرورة بمن نزل به أمر، فعلى القاضي أن يبعث وراء الخصم وينظر في مسألته.

اللخمي: لا بأس أن يحكم، وهو ماش في مسألة نص، وما تحته من مسائل

الاجتهاد، ولا يجوز فيما يحتاج لروية.

الصقلي: اختلف هل يقضي في الطريق؟ فقال أشهب: لا بأس بقضائه، وهو ماش إن لم يشغله المسير، وزحمة الناس، والنظر إليهم، وقال سَحنون: لا يقضي وهو ماش، ولا يكلم أحدًا من الخصوم، ولا يقف معه.

قُلتُ: ففي جوازه ماشيًا ثالثها في مسألة نص أو خفيف اجتهاد لأشهب وسَحنون.

واللخمي عن المذهب قال: ولا يجلس للقضاء، وهو على صفة يخاف بها أن لا يأتي بالقضيَّة صوابًا، وإن نزل به في قضائه تركه؛ كالغضب والضجر والهم والجوع والعطش والحقن، وإن أخذ من الطعام فوق ما يكفيه؛ لم يجلس.

قُلتُ: يريد: إن أدخل عليه تغييرًا قال: وأصل ذلك قوله ﷺ: **«لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان»**(1)، أخرجه البخاري، قلت: ومسلم من حديث أبي بكرة.

قُلتُ: اتفق العلماء على إناطة الحكم بأعم من الغضب، وهو الأمر الشاغل، وإلغاء خصوص الغضب، وسموا هذا الإلغاء، والاعتبار بتحقيق المناط.

المتيطي في كتاب القرويين: إن حكم وهو غضبان؛ جاز حكمه خلاف الداودي، وفرق ابن حبيب بين الغضب الكثير واليسير.

اللخمي: اختلف إن دخله ضجر، فقال ابن عبد الحَكم: لا بأس أن يحدث جلساءه إذا مل يروح قلبه، ثم يعود للحكم، وقال ابن حبيب: يقوم والأول أحسن، وهو أخف من قيامه، وصرف الناس.

قُلتُ: هذا إن ناله ذلك في أول مجلسه، ولأن ما مضى له ما له بال؛ فالثاني أصوب، وعن الصقلي: الأول لأشهب، والثاني للأخوين.

اللخمي: لا يحكم متكئًا؛ لأن فيه استخفافًا وللعلم حرمة.

---

(1) أخرجه البخاري: 13/120 و121 في الأحكام، باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان، ومسلم: رقم (1717) في الأقضية، باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان.

المتيطي: ينبغي أن يكون جلوسه في مجلس حكمه متربعًا أو محتبيًا.

وروى محمد: لا بأس أن يقضي، وهو متكئ، وعزاه الباجي لأشهب.

زاد الشَّيخ في النوادر: ولسَحنون قيل لإسماعيل القاضي: هل ألفت كتابًا في آداب القاضي؟ قال: إذا قضى القاضي بالحق؛ فليقعد في مجلسه كيف شاء ويمد رجليه.

اللخمي والجلاب: ينبغي أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود؛ ليحكم بشهادتهم لا بعلمه.

اللخمي: وإن كان ممن يقضي بعلمه، فأخذه بالمتفق عليه أحسن، قال: واختلف في جلوس أهل العلم معه، فقال أشهب ومحمد: لا أحب أن يقضى إلا بحضرتهم ومشورتهم، وكان عثمان رضي الله عنه إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة، ثم استشارهم، ومنعه الأخوان، وإذا قام من مجلسه استشارهم، واختار إن لم يدركه الخصمان بحضورهم، فحضورهم أحسن، وإلا لم يحضرهم إلا أن يكون مقلدًا؛ فلا يقضي بغير حضرتهم.

محمد: ولا يدع مشاورة أهل الفقه.

المازري: ينبغي أن يستشير، ولو كان عالمًا، واختار بعضهم كونه ذوي مذاهب مختلفة؛ لأنه أدعى للعثور على الأوضح، ثم قال: إن كان حضورهم يوجب حصره؛ لم يختلف في عدمه، وإن كان بليدًا ببلادةً لا يمكنه بها ضبط قولي الخصمين، وتصور حقيقة دعواهما؛ لم يختلف في حضورهم إياه، وكان عندنا قاض اشتهرت بالأمصار عدالته ونزاهته، ولم يطعن في عدالته ونزاهته عما في أيدي الناس طاعن يحضر إلى محاضر حرثه بين خصمين عنده كلف أحدهما إثبات دعواه، فأثبتها ببينة، فجرحها خصمه، فأتى ببينة اعتذروا عن التجريح، وطال خصامهم، فوجدت المحاضر تتضمن أن الخصمين متفقان في المعنى، مختلفان في العبارة، ولم يفطن القاضي لهما حتى كلفهما ما تقدم ذكره، فنبهته على ذلك، فخجل منه، وارتفع الخصام، فمثل هذا لا بد أن يحضر أهل العلم أو كاتب يؤمن معه مثل هذا.

قُلتُ: قبول من هذه صفته القضاء جرحة، وقبل ابن عبد السلام قول ابن

الحاجب: لا يفتي الحاكم في الخصومات، وقال ابن عبد الحَكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة، وهو اختصار قول ابن شاس، ولا يجيب من سأله فيما يتعلق بالخصومات، واختار محمد بن عبد الحَكم: أنه لا بأس أن يجيب بالفتيا في كل ما سئل عنه بما عنده فيه علم، واحتج بأن الخلفاء الأربعة كانوا يفتون الناس في نوازلهم.

قُلتُ: فحملوا قول ابن عبد الحَكم على الخلاف، وعزا ابن المناصف القول بعدم جوابه فيما يتعلق بالخصومات إلى مالك، وابن حارث إلى سَحنون، ثم ذكر قول ابن عبد الحَكم إلى آخره، وقال: الكلام الأول النهي فيه عن فتيا القاضي في نفس الخصومات لأحد الخصمين، وكلام ابن عبد الحَكم في فتياه في جملة الأشياء لم يعين الخصومة بعينها.

وفي الواضحة للأخوين: لا ينبغي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده، ولا في جماعة.

الصقلي عن الأخوين: لا يشتغل في مجلس قضائه ببيع، ولا ابتياع لنسفه.

أشهب: ولا لغيره إلا ما خف شأنه، وقل شغله، والكلام فيه، سَحنون: وتركه أفضل، قالوا: لا بأس بذلك في غير مجلس قضائه له ولغيره، وما باع أو ابتاع في مجلس قضائه لا يرد إلا أن يكون أكره على ذلك أحدًا أو هضمه؛ فليرد، ولو كان بغير مجلس قضائه.

المتيطي عن أشهب: إن اشترى الإمام العدل، أو باع من أحد شيئًا، ثم عزل أو مات؛ فالبائع والمبتاع منه مخير في الأخذ منه والترك، كذا وجدته في نسختين، ولم أجده في النوادر؛ بل فيها عنه إن عزل، والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد، فلا حجة عليه والبيع ماض.

الشَّيخ عن ابن حبيب: كتب عمر بن عبد العزيز: تجارة الولاء لهم مفسدة، وللرعيَّة مهلكة، قال عبد الله بن عمرو بن العاص :يقال: من أشراط الساعة تجارة السلطان.

ابن شاس: الأدب السابع أن لا يشتري بنفسه، ولا بوكيل معروف حتى لا

يسامح في البيع.

قال محمد بن عبد الحَكم: لا فرق بين شرائه بنفسه، وبين وكيله بذلك، قال: ولا يوكل إلا من يأمن على دينه؛ لئلا يسترخص له بسبب الحكم وما أشبه ذلك.

قُلتُ: ظاهر أقوال أهل المذهب ورواياته جواز شرائه وبيعه في غير مجلس قضائه، وما ذكره ابن شاس لا أعرفه لغيره، وذكره المازري عن الشافعي لا عن ابن عبد الحَكم، ولا أحد من أهل المذهب، وما تقدم للمتيطي عن أشهب: أن من بايعه في ولايته له؛ عليه الخيار بعد عزله هو نحوٌ من نقل ابن شاس عن ابن عبد الحَكم، وللشيخ عن الأخوين: وليتنزه عن طلب الحوائج والعواري من ماعون ودابة والسلف، وأن يقارض، أو يبضع مع أحد، أو يبايعه إلا ما لا يجد منه بدًّا، والأمر الخفيف ما لم يكن ممن يخاصم عنده، أو من تجر إلى من يخاصم عنده، وقاله أَصْبَغ

الشَّيخ عن الأخوين: لا ينبغي له أن يجيب الدعوة إلا في الوليمة، وتركه الأكل أحب إلينا من غير تحريم ولا تضييق عليه إن أكل، ولأشهب: لا بأس أن يجيب الدعوة العامة كانت لوليمة أو صنيع عام لفرح، فأما لغير فرح؛ فلا، وكأنه دعي خاصة، وغيره وسيلة له.

سَحنون: يجيب العامة لا الخاصة، والتنزه أحسن.

وفي الموازيَّة: كره له أن يجيب أحدًا، وهو في الدعوة الخاصة أشد من دعوة العرس، وكره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم.

الشَّيخ عن أشهب: لا يقبل هديَّة من خصم، ولو كان قريبه وغير الخصم .

قال سَحنون: يجوز من ذي رحم أبويه، وابنه وخالته، وعمته وبنت أخيه، ومن لا يدخل عليه به ظنة، ومثله في الموازيَّة والواضحة للأخوين: لا ينبغي أن يقبل هديَّة من أحد، ولو ممن كانت تجري بينه وبينه قبل ذلك، ولا من قريب، ولا من صديق، وإن كافأ بأضعافها إلا مثل الوالد والولد، وأشباههم من خاصة القرابة.

أشهب في المجموعة: لا ينبغي أن يقبلها من غير خصم إلا أن يكافئه بمثلها، وذو الرحم كغيره لا يقبلها إلا أن يكافئه بمثلها.

وقال ابن عبد الحَكم: لا بأس بقبولها ممن عرف قبوله منه قبل ولايته من إخوانه.

قُلتُ: ففي جواز قبوله إياها من شبه الوالد والولد فقط، وإلحاق الخالة والعمة وبنت الأخ بهم ثالثها: كمن يكافئه بمثلها قرب أو بعد، ورابعها: ممن عرف قبوله منه قبل ولايته.

للأخوين وسَحنون وأشهب وابن عبد الحَكم في طرر ابن عات إثر هذا الفصل:

ابن حبيب: للإمام أخذ ما أفاده العمال، ويضمه إلى ما جبوا قال: وكل ما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله، أو قاض في قضائه، أو متولي أمرًا للمسلمين؛ فللإمام أخذه للمسلمين، وكان عمر ﷺ إذا ولى أحدًا أحصى ماله؛ لينظر ما يزيد، ولذا شاطر العمال أموالهم حيث كثرت، وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية، قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما.

ابن عبد الغفور: ما أهدي للفقيه من غير حاجة؛ جائز قبوله، وما كان لرجاء العون في مسألة على خلاف المعمول به؛ لم يحل قبولها، وهي رشوة، وكذا ما أهدى له ذو خصومة ليعينه فيها، وقال بعض المتأخرين: ما أهدي للمفتي إن كان ينشط للفتيا أهدي له أم لا؟ فلا بأس به، وإن كان إنما ينشط إذا أهدي له؛ فلا يأخذها، وهذا ما لم تكن خصومة، والأحسن أن لا يقبل من صاحب فتيا؛ وهو قول ابن عيشون، وكان يجعل ذلك رشوة.

قُلتُ: قد يخفف قبولها لمن كان محتاجًا، ولا سيما إن كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب، ولا رزق له عليها من بيت المال، وعليه يحمل ما أخبرني به غير واحد عن الشَّيخ الفقيه إلى علي بن علوان أنه كان يقبل الهديَّة، ويطلبها ممن يفتيه.

وفي الطرر: وظاهره لابن عيشون، ومن هذا انقطاع الرغبة للعلماء والمتعلقين بالسلطنة؛ لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم، ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة؛ لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمي.

قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه، وكان محقًّا.

قُلتُ: يقوم من هذا من قولها: وإن طلب السلابة طعامًا، أو ثوبًا، أو شيئًا خفيفًا رأيت أن يعطوه.

ابن عبد الغفور في كتاب الأوائل: أول من رشى في الإسلام.

المغيرة بن شعبة قال: إن كان ليفرق الدرهم في يدي أعطيته؛ فلا يستبان لي على عمر، ويروى أول من قبل الرشوة في الإسلام، وفي اختصار الواضحة عن الأخوين: لا ينبغي له أن يكثر الدخال عليه، ولا الركاب معه، ولا المستحقون له في غير ما خاصته كانت منهم به قبل ذلك إلا أن يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل، فلا بأس بذلك، ويمنع أهل الركوب معه في غير حاجة، ولا رفع مظلمه، ولا خصومة، ويقام من جلس مجلسه مدعيًا أنه يريد التعلم أقضيته؛ لأنه من حيل مستأكلي الناس إلا من كان مأمونًا مرضيًا، وينبغي أن لا يتضاحك مع الناس، وأن يكون فيه عبوسة بغير غضب، ويلزم التواضع في غير وهن ولا ضعف، ويتقدم إلى أعوانه، ولو استغنى عنهم؛ كان أحب إلي، ولم يكن لأبي بكر ولا عمر أعوان، وكان عمر يطوف وحده إلا أن يضطر إلى الأعوان، فليخفف منهم ما استطاع.

وفي الزاهي: ينبغي أن يتفقد من يركب خلفه؛ لئلا يدلس بهم على الناس أو يدلسوا، ولا يقبل الإسرار إلا عن الأخيار، ولا يطرق له إذا ركب، ولا يسرع المسير؛ فإنه يذهب بهاء الوجه.

ولابن حبيب عن الأخوين: إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي، أو أسرع إليه بغير حجة كقوله: يا ظالم يا فاجر؛ فعليه زجره وضربه إلا ذا مروءة في فلتة منه، فلا يضربه؛ لأنه إن لم ينصف الناس في أعراضهم؛ لم ينصفهم في أموالهم.

قُلتُ: ظاهره: انحصار الحق للخصم، والحق أن فيه حقًا لله؛ لأنه إهانة لمجلس الشرع.

سمع ابن القاسم: إن ألد أحد الخصمين بصاحبه، وتبين ذلك ونهاه؛ فللقاضي أن يعاقبه.

ابن رُشْد: لأن إلداده إذاية وإضرار توجب على الإمام أن يكفه، ويعاقب عليه بما

يراه، ومثله في سماع أشهب وأَصْبَغ، وفي حفظي عن بعضهم إن قال لخصمه: ظلمتني أو غصبتني ونحوه بالفعل الماضي أو تظلمني؛ فلا شيء عليه، وإن قال: يا ظالم ونحوه باسم الفاعل؛ أدب إن لم يترجم.

وسمع أيضًا: أرأيت من يقول للقاضي: ظلمتني، قال مالك: يختلف، ولم يجد فيه تفسيرًا إلا أن وجه ما قال: إن أراد أذاه، والقاضي من أهل الفضل عاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد.

ابن رُشْد: للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه، والعقوبة على من تناوله بالقول، وأذاه بأن ينسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما شهدته عليه أنه آذاه وهو غائب؛ لأن مواجهته من قبيل الإقرار، وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، وإذا كان له الحكم بالإقرار في ماله؛ كالحكم لغيره، كأن جرى أن يحكم بالإقرار في عرضه، كما يحكم به في حكم عرض غيره؛ لما في ذلك من الحق لله؛ لأن الاجتراء على الحكام بمثل هذا توهين لهم، فالمعاقبة فيه أولى من التجافي، وهو دليل قوله: وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد؛ ولذا قال ابن حبيب: العقوبة في هذا أولى من العفو.

الشَّيخ: لابن سَحنون عنه: إن قال الخصم لمن شهد عليه: شهدت علي بزور، أو بما سألك الله عنه، أو ما أنت من أهل الدين، ولا من أعمل العدالة؛ لم يكن ذلك لأهل الفضل، ويؤدب المعروف بالإذاية بقدر جرمه، وقدر الرجل المنتهك حرمته، وقدر الشاتم في إذاية الناس، وإن كان من أهل الفضل، وذلك منه فلتة تجافى عنه، ولابن كنانة: إن قال له: شهدت علي بزور، فإن عنى أنه شهد عليه بباطل؛ لم يعاقب، وإن قصد أذاه أو الشهرة به؛ نكل بقدر حال الشاهد والمشهود عليه.

ابن عبد الحَكم: إن قال للقاضي: اتق الله؛ فلا ينبغي أن يضيق لذلك، ولا يكثر عليه، وليثبت ويجيبه جوابًا لينًا يقول رزقني الله تقواه، أو ما أمرت إلا بخير، أو من تقوى الله أن آخذ منك الحق إذا بان لي، ولا يظهر لذلك غضبًا.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: وأحب إلي أن يجعل القاضي رجالاً من إخوانه يثق بهم

وبصدقهم ومعرفتهم يخبرونه بما يقول الناس فيه من خلفه، وما ينكرونه من أموره.

[باب ما يقضى فيه بالصفة في الشهادة]

وشاهد الزور: الشاهد بغير ما يعلم عمدًا، ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدًا قتل عمرًا، وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله، ولو كان لشبهة لم يكنه، وقول الباجي: من ثبت عليه أنه شهد بزور، فإن كان بنسيان أو غفلة؛ فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه؛ ردت شهادته، ولم يحكم بفسقه؛ يقتضي أن غير العامل شاهد زور، ويرد بها في استحقاقها إن شهدوا بموت رجل، ثم قدم حيًا، فإن ذكروا عذرًا كرؤيتهم إياه صريعًا في قتلى، أو قد طعن، فظنوا أنه مات؛ فليست شهادتهم زورًا، وإلا فهم شهداء زور[1].

وفي شهاداتها: إن أخذ شاهد الزور ضرب قدر ما يراه الإمام، ويطاف به في المجالس.

ابن القاسم: يريد: في المجلس الأعظم.

ابن وَهْب: كتب عمر إلى عماله بالشام: إن أخذتم شاهد زور؛ فاجلدوه أربعين وسخموا وجهه، وطوفوا به حتى يعرف الناس، ويطال حبسه، ويحلق رأسه.

الباجي عن ابن عبد الحكم: يضرب ضربًا موجعًا.

ابن كنانة: ويكشف عن ظهره، قال مالك: ويطاف به، ويشهر في الأسواق والمساجد والجماعات ويسجن، وروى مُطَرِّف: لا أرى الحلق والتسخيم.

قُلتُ: في إتيان سَحنون برواية ابن وَهْب إياه عن عمر ميل منهما إليه.

اللخمي: اختلف في عقوبته إن أتى تائبًا، ولم يظهر عليه.

قال ابن القاسم: من رجع عن شهادته، ولم يأت بعذر لو أدب كان لذلك أهلاً.

---

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ رحمه هنا رسم شاهد الزور، ويظهر أن ذكره في الشهادة أنسب قال: شاهد الزور الشاهد بما لا يعلم عمدًا، ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدًا قتل عمرًا، وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله، وقد ذكر الشَّيخ: عمدًا وهو صواب؛ لأن من لم يتعمد لا زور عنده، ولذلك رد على الباجي انظره.

وقال سَحنون: لا يعاقب لو عوقب؛ لم يرجع أحد عن شهادته خوف العقوبة كالمرتد؛ يريد أنه لا يعاقب إن رجع للإسلام.

ولمالك في المبسوط: من سأل عن إصابة أهله في رمضان؛ لا يعاقب؛ لأنه ﷺ لم يعاقبه(1).

أبو عمر: أجمعوا أن شاهد الزور إن لم يكن له مخرج بغفلة أو خطأ أو نسيان؛ أنه يؤدب.

قُلتُ: ظاهره: ولو جاء تائبًا، وهو خلاف ما تقدم عن سَحنون في نقل اللخمي قوله ذلك في العتبيَّة، ونحوه قول المتيطي: إن رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم، وقال: شبه علي إن كان عدلاً مأمونًا؛ قبل رجوعه، وإن كان بغير هذه الصفة؛ قال ابن القاسم وعبد الملك: أدب أدبًا وجيعًا.

ولابن القاسم في موضع آخر: لو أدب؛ لكان أهلاً، وقال ابن عبد الحَكم وأشهب وسَحنون: لا يؤدب؛ لأنه داعية إلى أن لا يرجع أحد عن شهادته، وروى مثله ابن الجلاب، وبه مضى العمل بقبول شهادته إن تاب.

عبارات ابن رُشْد: ظاهر سماع أبي زيد ابن القاسم: إن عرفت منه توبة وإقبال، وتزيد في الخير؛ قبلت شهادته خلاف قولها: لا يجوز أبدًا، وإن تاب وحسنت حاله، وقيل معنى السماع: إن أتى تائبًا مقرًّا على نفسه قبل أن يظهر عليه، ومعنى ما فيها إن ظهر عليه.

اللخمي: إن أتى تائبًا، ثم انتقل حاله لخير وصلاح؛ قبلت إلا أن يكون عرف قبل ذلك بالخير والصلاح؛ فلا يقبل، ولأَصْبَغ: لا تقبل أبدًا إن أقر بشهادة الزور، واختلف إن ظهر عليه، ثم تاب، وانتقل لخير وصلاح، فقال محمد آخر قولي ابن القاسم: لا يقبل.

---

(1) أخرجه البخاري: 4/141 - 149 في الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، ومسلم: رقم (1111) في الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم.

الباجي: روى ابن القاسم فيها، وأشهب وابن نافع في الموازيَّة: لا تقبل، وفي الموازيَّة لابن القاسم: له تقبل إن تاب، وأظنه لمالك، وعن ابن عبد الحَكم: ويكتب القاضي بذلك كتابًا يجعله على نسخ تكون بأيدي ثقات.

المتيطي: لم يصحب سماع أبي زيد عمل.

قُلتُ: ففي قبول شهادته بتوبته بتزيده صلاحًا لم يكن له ثالثها: إن أتى تائبًا لا إن ظهر عليه؛ لسماع أبي زيد مع نقل اللخمي غير معزو كأنه معروف المذهب، وله عن أَصْبَغ مع الباجي عنها، وعن رواية الأخوين، ونقل ابن رُشْد.

الباجي: وإذا قلنا: تقبل شهادته إذا تاب، فقال محمد: تعرف توبته بالصلاح والتزيد في الخير، وأشار إليه ابن الماجِشُون.

قُلتُ: في اختصار الواضحة عنه: إن كان من أهل الفضل ظاهر العدالة؛ سقطت شهادته أبدًا، وإن أظهر توبة وازداد صلاحًا وفضلاً؛ لأنه كان كذلك يوم اطلع عليه بالزور، ومن لم يكن بهذه الحال، ولا يعرف بالفضل؛ جازت شهادته إن ظهرت منه التوبة والصلاة البين، والعدالة الظاهرة.

ولابن شاس عن محمد بن عبد الحَكم: من صح أنه شهد بالزور، ويأخذ على شهادته الجعل؛ طيف به في جموع الناس، وضرب ضربًا وجيعًا، ولا يحلق شعره، ولا تجوز شهادته أبدًا إن كان ظاهر العدالة حين شهد؛ لأنه لا يكاد تعرف توبته.

واختصره ابن الحاجب فقال: ابن عبد السلام: قال بعض الشُيُوخ: كما أشار إليه المؤلف إن كان ظاهر العدالة؛ لم تقبل توبته فلا خلاف، وإن كان غير ظاهرها فقولان.

وقال ابن رُشْد بالعكس: إن كان العدالة فقولان، وإن لم يكن ظاهرها؛ لم يقبل أبدًا قولا واحدًا، والطريق الأول أنسب للفقه، والثانية أقرب لظاهر الروايات؛ لأن محمدًا قال: تعرف توبته بالصلاح والتزيد في الخير، وأشار إليه ابن الماجِشُون: لأن (تزيد الخير) لا يكون إلا في ظاهر العدالة.

قُلتُ: ما ذكره عن ابن رُشْد لا أعرفه له ولا لغيره.

قال في المقدمات ما نصه: وأما شاهد الزور أبدًا، وإن تاب وحسنت حاله، قاله في

المدَوَّنة، ولأبي زيد عن ابن القاسم: تجوز شهادته إن تاب، وعرفت توبته بتزيد حاله في الصلاح.

قال: ولا أعلمه إلا قول مالك، فقيل ذلك اختلاف من القول، وقيل: رواية أبي زيد: إن أتى تائبًا قبل أن يظهر عليه، وهو الأظهر، ونحو هذا له في أول مسألة من سماع يحيى، وقوله: وطريقة ابن رُشْد أقرب لظاهر الروايات؛ لأن (تزيد الخير) لا يكون إلا في ظاهر العدالة؛ يرد بأن إدراك (تزيد الخير) في المتصف بمطلق العدالة أبين وأوضح من إدراكه في المتصف بالعدالة الظاهرة؛ لأن زيادة الحركة على المتصف بمطلقها أوضح من زيادة الحركة على المتصف بكثرتها.

الشَّيخ: لأشهب في المجموعة، وكتاب ابن سَحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه.

ولابن رُشْد في رسم تأخير الصلاة من سماع ابن القاسم: له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه، ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة.

ودليله قطع أبي بكر الصديق يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته، هذه الرواية الصحيحة.

وفي صحة حكمه لمن لا تجوز شهادته له ومنعه ثالثها: إلا لزوجته وابنه الصغير ويتيمه، ورابعها: المنع إن قال: ثبت عندي، ولا يدري أثبت أم لا؟ وإن حكم ببينة، وجاز في الثلاثة.

للخمي مع الشَّيخ عن قوله: رأيته في كتاب أَصْبَغ قائلاً: ولو لزوجته أو مدبره أو ولده أو مكاتبه، وهو من أهل القيام بالحق لا من أهل التهم.

وقد يحكم للخليفة وهو فوقه، فهو اتهم فيه لتوليته إياه، ومُطَرِّف وابن الماجِشُون وأَصْبَغ مرة.

اللخمي: المنع أحسن، وهذا في المال وغيره مما تدرك فيه الحمية لم تجز بحال.

وما اجتمع فيه حق له ولله في جواز حكمه بما هو لله؛ كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق لا يقطع فيه في حكمه بقطعه قولا ابن الموَّاز ومحمد بن عبد الحَكَم.

قُلتُ: هذا يوهم أن قول محمد إنما هو فيما شهد به عدلان.

وفي النوادر ما نصه: قال أشهب في المجموعة: إن أخذ القاضي من سرقه، فله قطعه، ولا يحكم عليه بالمال، وكذا في الموازيَّة.

وفي المجموعة: وكذا في محارب قطع عليه الطريق، فليحكم عليه بحكم المحارب، ولو جاء تائبًا؛ سقط عنه حكم الله، ولا يستقيل السلطان منه لا بإقراره، ولا ببينة، ولا يرفعه لمن هو فوقه.

قُلتُ: وجدته في نسخة عتيقة من النوادر، ولا يرفعه لمن هو فوقه، والصواب: إن كان ذلك ببينة أن له رفعه لمن هو فوقه، ثم قال: لو كان السلطان أحد الشاهدين عليه بالحرابة، وأخذ قبل أن يتوب، فله أن يقيم عليه الحد، وأحب إليه رفعه لمن فوقه.

وقال ابن عبد الحَكم: قال ابن القاسم وأشهب: إن سرق من بيت القاضي، وقامت به عنده بينة؛ قطعه.

قال محمد بن عبد الحَكم: لا يقطعه.

ابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ: إن تخاصم عنده خصمان له قبل أحدهما دين، فلا بأس أن يقضي بينهما إن كان غريمه مليًا، وإن كان عديمًا؛ لم يجز.

اللخمي: إن شهد القاضي وآخر على أنه سرق؛ للقاضي رفعه لمن هو فوقه، فقطعه بشهادتهما، وأغرمه بشهادة الأجنبي مع يمين القاضي، وقيل في هذا الأصل: لا يقطع بشهادتهما؛ لأن شهادة القاضي تسقط للتهمة؛ فلا تتبعض الشهادة.

وقول ابن شاس: لا يقضي على عدوه، ويحيل على غيره تبع فيه نص الغزالي في الوجيز، والأولى أن يتبع نص النوادر.

قال ابن الموَّاز: إذا حكم القاضي، فأقام المحكوم عليه بينة أن القاضي عدو له؛ فلا يجوز قضاؤه عليه، وهذا اللفظ أتم؛ لأنه بعد الوقوع.

وفي نوازل ابن الحاج: قال الماوردي في الأحكام السلطانيَّة: لا يشهد العدو على عدوه، ويحكم عليه؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة دقيقة.

قال ابن الحاج: وهذا خلاف مذهب مالك، وخلاف ما في نوازل سَحنون من

أقضية العتبيَّة في حكم القاضي على عدوه.

وفي نظر من ولي في أحكام من قبله أسمعة وروايات حصلها ابن رُشْد في رسم الصبرة من سماع يحيى بأن قال القاضي: العدل العالم لا تتصفح أحكامه، ولا ينظر فيها إلا على وجه التوجيه لها إن احتيج إلى النظر إليها لعارض خصومة، أو اختلاف في حد لا على وجه الكشف، والتعقب لها إن سأل ذلك المحكوم عليه، فتنفذ كلها إلا أن يظهر في شيء منها عند النظر إليها على الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه، فيرد ذلك، والقاضي الجائر ترد أحكامه دون تصفح، وإن كانت مستقيمة في ظاهرها إلا أن يثبت صحة باطنها.

والقاضي العدل الجاهل تتصفح أحكامه، فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف أنفذ، وما هو خطأ لا خلاف فيه رد.

ويختلف في أحكام القضاة الذين لا ترضى أحوالهم، ولا تجوز شهادتهم إن لم يعلموا بالجور في أحكامهم، وفي أحكام أهل البدع والأهواء، فقال ابن القاسم والأخوان: هي كأحكام الجائر لا يمضى منها إلا ما علم صحة باطنه بالبينة العادلة.

وقال أَصْبَغ: كأحكام العدل الجاهل تتصفح، فيمضى منها ما كان صحيحًا في الظاهر.

وحكى الفضل عن ابن الماجِشُون: أن القاضي الجاهل تتصفح أحكامه كالقاضي الجائر، وهو شذوذ.

[باب في الخطأ الموجب لرد حكم العالم العدل]

والخطأ الموجب لرد حكم العدل العالم: فسره اللخمي بما خالف نص آية أو سنة أو إجماع[1].

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (نص آية) هذا قطعي قوله: (أو سنة) يدل على أنه ولو كان ظنيًا، وهو كذلك، ولذا اعترض على ابن الحاجب في قوله: (ما خالف القطع)؛ انظره، ومثل ذلك ظاهر كما ذكر ابن الماجِشُون من الحكم بالسعاية في العبد، وبالشفعة للجار، وتوريث العمة والخالة، ورد عليه انظر

قُلتُ: أو ما ثبت من عمل أهل المدينة؛ لأنه عند مالك مقدم على الحديث الصحيح عنده.

وزاد المازري عن الشافعي: أو قياسًا لا يحتمل إلا معنى واحدًا. قال: والظاهر أنه يشير إلى القياس الجلي الذي لا يشك في صحته.

وللشيخ عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: من الخطأ الذي ينقض فيه حكم العدل العالم الحكم باستسعاء العبد لعتق بعضه، وبالشفعة للجار، وتوريث العمة والخالة والمولى الأسفل، وما يشبه ذلك، ولما ذكرها المازري قال: وابن عبد الحكم لا يرى النقض في شيء من هذه المسائل؛ لأن نقلها غير قطعي.

وقول ابن الماجِشُون بعيد؛ لأن الاستسعاء ورد به حديث ثابت(1).

الصقلي عن ابن عبد الحكم عن ابن القاسم: من طلق امرأته البتة، فرفعها لمن يراها واحدة، فجعلها واحدة، فزوجها البات قبل زوج، فلمن ولي بعده؛ أن يفرق بينهما، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر الحكم به.

وقال ابن عبد الحكم: لا ينقض ذلك كائنًا ما كان ما لم يكن خطأ محضًا.

ابن حبيب: لا يعجبني ما انفرد به ابن عبد الحكم، ولو رفع من قتل رجلاً غيلة لقاض يرى فيه العفو، فأسلمه لأوليائه، فعفوا عنه؛ ففي منع من ولي بعده نقض حكمه قولا ابن القاسم وأشهب.

كلام الشَّيخ: قوله: أو قامت بينة على أن له فيه رأيا.

قال: صورة ذلك إذا علم ببينة أن حكمه بكذا، وأنه يحكم به، ثم حكم بغيره.

قال الشَّيخ: وهذا على صحة الشهادة بالفهم واضح وعلى نفيها فيه نظر، وتصور ذلك بإقراره يوجب إشكالا؛ لأنه إن أقر بذلك في ولايته وجب عليه الإشهاد بنقضه بدل إقراره وتركه نقضه بعد إقراره كرجوعه عن إقراره فيبطل، وإن أقر بذلك بعد عزله لم يقبل كشهادته على فعل نفسه؛ فتأمله.

(1) أخرجه البخاري: 5/97 في الشركة، باب الشركة في الرقيق، ومسلم: رقم (1502) و(1503) في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

ولابن رُشْد في ثالث مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى: لا خلاف في نقضه حكم من قبله إن كان خطأ لم يختلف فيه، وإن كان اختلف فيه؛ لم يرده، وقيل: يرده إن كان شاذًا.

وقال ابن الماجِشُون: يرد، وإن كان الخلاف قويًا مشهورًا إن كان خلاف سنة قائمة، وتعقب ابن عبد السلام قول أهل المذهب: لا يتعقب حكم العدل العالم، ولا ينقض منه إلا ما خالف القطع بأن التعقب أعم من النقض نفي، فينتفى النقض، فكان ينقض منها ما خالف القطع.

وأجاب: بأن مرادهم بالنقض المنفي هو نظر ما جهل من أحكامه، والنقض هذا ما علم بظاهره الخطأ، وهذا حسن افتقار التأويل عنه في نازلة نزلت بتونس في نحو عام ست وثلاثين وسبعمائة، وهي مسألة شخينا ابن عبد الله بن الحباب كان حكم عليه قبل هذه المرة بنحو عشر سنين الشَّيخ الفقيه أبو إسحاق بن عبد الرفيع في جنة استحقها منه بنو البسطي في عنفوان كمال تمكنهم من دولة السلطان الأمير أبي يحيى: فحكم عليه في بناء أحدث بها بعد خروجها من يد أبي بني البسطي كان أحدثه القائد ابن يعقوب، وكان بناء رفيعًا، فحكم عليه فيه بقيمته منقوضًا مقلوعًا، فلما انتسخ تمكن بني البسطي طلب ابن الحباب أن يجعل له مجلسًا ينظر فيه في الحكم المذكور، فأمر به السلطان، واجتمعوا بدويرة جامع الزيتونة كل من ينطلق عليه اسم فقيه معتبر حينئذ حقيقة أو مجازًا، فلما اجتمعوا ورئس المجلس حينئذ القاضي ابن عبد السلام، وكان اعتذر للسلطان عن الحكم بينهما بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور، فصرف الحكم بينهما لقاضي الأنكحة حينئذ؛ وهو الشَّيخ أبو محمد الأجمي فقال لأهل المجلس: ما تشهدون به من حال الفقيه أبي إسحاق بن عبد الرفيع هل كان من قضاة العدل والعلم أم لا؟ فقال جلهم: هو من قضاة العدل والعلم، فقال لهم: أشهدوا علي بأني أمضيت حكمه هذا، وكل ذلك بمحضر الشَّيخ الفقيه ابن عبد السلام، فلم يتعرض له في ذلك لا بسؤال، ولا إنكار، فكان شيخنا ابن الحباب ينكر هذا الحكم أيضًا، ويحتج بما تقدم أن القاضي العدل العالم ينظر في حكمه المعين البين الخطأ، ولا أبين من خطأ الحكم بقيمة

البناء منقوضًا في مذهب مالك ممن علم منه اتباعه وتقليده، وتقدم في الاستحقاق الجواب عن هذا، فتذكره.

قال ابن الحاجب: لا يتعقب أحكام العدل العالم، ولا ينقض منها إلا ما خالف القطع، أو قامت البينة أن له فيه رأيًا، فحكم بغيره سهوًا.

قُلتُ: تعليقه النقض على ما خالف القطع لا أعرفه، وعبارة المازري ما نصه: بالجملة إن تعارضت الأحاديث، وقدم بعضها على بعض بالترجيح الذي لا يصل إلى القطع، ولا يقاربه لم تتعرض الأحكام، وكذا إن تعارضت التأويلات، ولم يرجح بعضها على بعض إلا بالنظر الضعيف لم ينقض، وكذا الأقيسة هذا كشف القاضي عن هذا الأصل.

وقد حكم شريح في ابني عم أحدهما آخ لأم بأنه أولى بالإرث فقال علي رضي الله عنه: ما دليلك على هذا؟ قال: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، فرده علي عليه، ونقض حكمه، وهذا قد يحمل على أن عليًا رضي الله عنه حفظ خبرًا عنه ﷺ بخلاف حكم شريح أو ظاهر خبر كالنص أو قياسًا جليًّا، وكذا لما ضاع لعلي رضي الله عنه يوم الجمل درع، فوجدها عند رجل، فترافعا لشريح، فشهد لعلي عبد الله بن جعفر ومولاً لعلي، فرد شريح شهادة مولاه له، فمد يده، وأخذ الدرع كالمنكر على شريح وشهادة المولى لمولاه مع جواز شهادة ابن الأخ لعمه، وهو أقرب من المولى فرآه كالمخالف للقياس الجلي.

وحكم عمر رضي الله عنه في الفريضة المشتركة؛ وهي زوج وأم، وأخوة لأم، وإخوة أشقاء بمشاركة الأشقاء الإخوة للأم قالوا له: هب أن أبانا كان حمارًا، وقضى أيضًا بأن لا مشاركة، فقيل له في ذلك، فقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا، ولم ينقض حكمه بحكمه لما كانت أدلة الحكمين متقاربة، وعلى هذا ينبغي أن يجري جميع الآثار.

قُلتُ: فلم يقصر المازري النص على القطع، فنص ابن الحاجب عليه غير مستند لنص رواية تابعًا لابن شاس متعقب.

وقول ابن الحاجب: أو قامت البينة على أن له فيه رأيًا، فحكم لغيره سهوًا ذكره

ابن محرز وصوره بأن تعلم بينة حضرت حكمه قصده الحكم بشيء، فحكم بغيره وهلاً.

قُلتُ: هذا على القول بصحة الشهادة بالفهم؛ واضح، وعلى القول بلغوها؛ فيه نظر.

وتصويره بإقراره يوجب فيه إشكالاً؛ لأنه إن أقر بذلك في ولايته؛ وجب عليه إشهادة بنقضه بدل إقراره به، وتركه نقضه بعد إقراره؛ كرجوعه عن إقراره، فيبطل، وإن أقر بذلك بعد عزله؛ لم تقبل شهادته على حكم نفيه، فتأمله.

وسمع ابن القاسم قوله في كتابه في قضاء: كان أخاه عاملان، فنظر فيه العامل الثالث، فجاءه رجل يستعين بالكتب إليه، فكتب إليه إن كان من قبلك فالغوه، فأنفذه لصاحبه.

ابن رُشْد: هذا يدل على أن للفقيه المقبول القول الكتب للحاكم بالفتوى، وإعلامه بما يصنع، وإن لم يسأله الحاكم، وهذا في غير القضاة، وأما القضاة؛ فلا ينبغي الكتب إليهم بما يفعلونه إلا أن يسألوا؛ لأنه يؤدي إلى أنفذ تؤذي.

وقوله: إن كان أمضاه بحق يدل على أنه أمره بالنظر فيما حكم به من قبله، فإن كان بحق أنفذه؛ فعلى هذا حكم حمل الحكام حمل أحكام العمال على الرد حتى يتبين أنها بحق، فتمضي وهو خلاف قولها: ما قضت به ولاة المياه جائز إلا أن يكون جوراً بينًا؛ لأنه يقتضي أنها على الإجازة؛ فلا ينظر فيها، ولا تتعقب، وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل في الولاة، فرآها مرة جائزة ما لم يتبين فيها جور، وهو مذهب أَصْبَغ، ورآها مرة مردودة ما لم يتبين فيها الحق، وهو اختيار ابن حبيب قياسًا على الشهادة.

وأما العدل منهم؛ فحكمه محمول على الجواز، ولا يرد منه إلا ما تبين فيه الجور اتفاقًا.

قُلتُ: لازم قوله: أن الاختلاف إنما هو في غير العدل مع قوله: أنها على الإجارة، فلا ينظر فيها أن غير العدل ينظر في أحكامه، وهو خلاف ما حمله في رسم الصبرة من سماع يحيى، فتأمله.

قال: ويحتمل أن يحمل ما في المدَوَّنة على العدل، وما في هذا السماع على غير العدل؛ فلا يكون اختلافًا.

والذي أقول: أن ينظر إلى الأمير الذي ولاه، فإن كان عدلاً؛ فهو محمول على العدالة، وإن كان جائرًا؛ فهو يولي غير العدل، حمل على غير العدالة، وإن كان غير عدل، ولا يعرف بالجور في أحكامه، ولا بتوليته غير العدل؛ جرى على الاختلاف في جواز أحكامه.

الشَّيخ: من خالف على إمام، وتغلب على بعض الكور، وولى قاضيًا، فقضى، ثم ظهر عليه؛ فأقضيته ماضية إن كان عدلاً إلا خطأ لا خلاف فيه، وكل قضاء بحق لا يحل فسخه، وقاله أَصْبَغ.

قُلتُ: لم يجعل في قبوله الولاية المخالف على الإمام جرحه خوف تعطيل الأحكام.

قال ابن رُشْد في السماع المذكور: واختلف شُيُوخنا في أحكام ولاية الكور مثل القواد، فأمضاها أبو إبراهيم، ولم يجزها اللؤلؤي حتى يجعل له من القيادة، والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام.

واستحسن ابن أبي زَمَنَيْن إن كان للكورة قاض قد أفرد النظر في الأحكام؛ أن لا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاض؛ أن يجوز حكمهم؛ لما للناس في ذلك من الرفق، وهو أحسن الأقوال إلا أن تولية القاضي مع القائد دليل على أنه حجر عليه النظر في الأحكام، وإن لم يول معه فيها حكم؛ وجب أن يجوز حكمه؛ كقول مالك في ولاة المياه.

وجزم القاضي بحكم شرعي على وجه مجرد إعلامه به، وهو فتوى لا حكم، وجزمه به على وجه الأمر به حكم.

وفي شرطه يكون متعلقة تغيير أمر عن حاله أو لا، قولا ابن الماجِشُون وابن القاسم.

اللخمي: ما هو ترك لما فعل، وإمساك عن الحكم بغير الفاعل؛ كالحنث بالطلاق

قبل النكاح، والعتق قبل الملك، ونكاح المحرم، والحكم بالقسامة، فحكم حاكم بإمضاء النكاح، واستمرار الرق، ثم رفع لمن يرى خلاف ذلك؛ فليحكم به، ولا يمنعه من ذلك ترك الأول، قاله ابن الماجِشُون، ورأى أن الترك ليس بحكم، وقال ابن القاسم في كتاب النكاح: ذلك حكم، وفسخه الثاني خطأ، وهو أحسن؛ لأن الأول حكم بحلية الزوجة لزوجها، وملك العبد لسيده. قلت: وإجراء قوليهما على قول بقاء الأعراض، وقول جمهور أهل السنة بعدمه تكلف، وإن أشبه ما ذكر المازري من إجراء عد الأرباح حاصلة يوم ملك أصلها أو الشراء، أو يوم حصولها على الكمون، والظهور في مسألة الأعراض، وله نحو هذا في كتاب الوكالات.

اللخمي: وقال محمد: إن حكم القاضي بشاهد ويمين، ثم ولي آخر بعده؛ ففسخه كان للثالث فسخ نقض الثاني، قال: وهذا عظيم أن يرد ما حكم به رسول الله ﷺ قال: وإن قال الأول: لا أحكم بشاهد ويمين، ثم ولي آخر يرى الحكم بالشاهد واليمين؛ كان له الحكم به؛ يريد: أن الأول من باب الترك، وتقدم قول ابن القاسم أن الترك حكم.

ابن شاس: لو رفع إليه نكاح امرأة زوجت نفسها بغير ولي، فقال: أنا لا أجيزه، ولا أحكم بفسخه؛ فهذا ليس بحكم، ولكنه فتوى، فتبعه ابن الحاجب. قال ابن عبد السلام: هذا متفق عليه، ونحوه لابن برهان.

قُلتُ: مقتضى جعله فتوى أن لمن ولي بعده أن ينقضه ضرورة أنه لم يحكم به للأول؛ والظاهر أنه لا يجوز للثاني نقضه؛ لأن قول الأول حين رفع إليه لا أجيزه، ولا أفسخه حكم منه بفسخه بأنه مكروه، والكراهة أحد أقسام الشرع الخمسة يجب رعي كل حكم منها ولازمه، وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه، ولا سيما على قول ابن القاسم في حكم الحاكم إذا كان متعلقه تركًا، ولما كان حكم الحاكم إنما يتعلق بجزئي لمن لم يكن حكم حاكم ثان بنقيض حكم الأول في جزئي آخر نقضًا لحكمه، وكذا قال المازري: كان أبو بكر يسوي في العطاء من الفيء بين الشريف والمشروف، فلما ولي عمر فاضل بين الناس، فلما ولي علي سوى بينهم، فلم يكن اختلافهم نقضًا لقضاء

بعضهم بعضًا.

قُلتُ: تقدم في الجهاد سؤال ابن رُشْد في فعلي الشَّيخين في أهل الردة، فقد كره ابن شاس: إن رفع لقاض رضاع كبير، فحكم بأن رضاع الكبير يحرم، وفسخه نكاحه لذلك، فالقدر الذي ثبت من حكمه هو فسخ النكاح فقط لا تحريمها عليه في المستقبل؛ بل هو باق لتعلق الاجتهاد فيه، وكذا فسخه نكاح، وتحريمها على زوجها الثابت من حكمه فسخه لا تحريمها عليه، وتبعه ابن الحاجب وقبلوه.

قُلتُ: وهو صواب في مسألة المعتدة، وأما في نكاح الكبير فغير صحيح، أو فيه نظر، وبيانه أن علة منع حكم الثاني بخلاف حكم هي كون حكم الثاني رافعًا لمتعلق حكم الأول بالذات، وهذا لأنه دار معه وجودًا وعدمًا.

أمّا وجودًا: ففي أمثال حكم الحاكم الثاني يكون المبتاع الأول فيما باعه الآمر، والمأمور أحق بالمبيع، ولو قبضه المبتاع الثاني بعد حكم الحاكم الأول بأن قابضه أحق.

وأمّا عدمًا: ففي جواز حكم عمر وعلي رضي الله عنهما بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء، وتقرر في أصول الفقه اعتبار الدوران إذا ثبت هذا ونظرنا وجدنا حكم الثاني في حكم الناكح في العدة غير رافع لنفس متعلق حكم الأول؛ لأن متعلق حكمه بالذات الفسخ، والتحريم تابع له؛ فلم توجد علة منع حكم الثاني فيها، ووجدنا حكم الثاني في مسألة رضاع الكبير رافعًا لنفس متعلق حكم الحاكم الأول بالذات، وهو تحريم رضاع الكبير، فسخ نكاحه تابع المتعلق لهذا بالذات لا أنه متعلق حكمه بالذات، فيجب منع حكم الثاني عملاً بالعلة الموجبة لمنعه، فتأمله.

وفيها: أكان مالك يرى للقاضي بقضيَّة تبين له أن غير ما قضى به أصوب أن يرد قضيته، ويقضي بما رأى بعد ذلك، ولو كان ما قضى به مما اختلف فيه؛ قال: إنما قال: إن تبين له أن الحق غير ما قضى به؛ رجع فيه، وإنما لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه.

ابن محرز: قال ابن الماجِشُون وسَحنون وغيرهما: لا يجوز له فسخه، وهذا أحسن، وإلا لم يوثق بحكم.

ابن رُشْد في رسم الجواب من سمَاع عيسى: إن رأى خلاف ما قضى به باجتهاده؛ فالمشهور إن رأى ما هو أحسن نقضه، ورجع إلى ما رأى ما دام في ولايته، ولو كان قضاه أولاً مما اختلف فيه، وقال ابن عبد الحَكم: لم يختلف أصحابنا في ذلك، وأنا لا أراه وقضاؤه؛ كقضاء غيره لا يرجع عما اختلف فيه إلى ما هو أحسن منه حتى يكون خطأً صراحًا، ولم يعجب ابن حبيب ما انفرد به ابن عبد الحَكم، وحمل فضل المدَوَّنة على قول ابن عبد الحَكم، وحملها غيره على ما أجمع عليه أصحاب مالك سواه، والأمر محتمل على رواية: لا يَرجع بفتح الياء، وعلى رواية: يُرجع بضم الياء؛ لا يحتمل قول ابن عبد الحَكم.

وقال ابن سَحنون: إنما يرجع في قضائه إذا اختلف فيه إن قضى به وهلاً أو نسيانًا، وهو يرى خلافه، ولو كان رأيه يوم قضى به؛ لم يرجع فيه، وقضى في المستقبل بما رأى، والذي أقوله: أن الخلاف في رجوعه عنه ما دام على قضائه بحاله؛ إنما هو إذا قضى، وهو يراه باجتهاده يوم قضى به، وأنه جار على الخلاف في تصويب المجتهدين، ولو قضى به وهلاً أو نسيانًا؛ فلا يسع الخلاف في أنه لا يصح له الرجوع عنه إلى تقليد آخر، فهي ثلاثة أوجه وجه يرجع فيه، ومقابله اتفاقًا فيهما ومختلف فيه، ولا خلاف في أنه لا يرجع ما دام في ولايته فيما قضى به مما لم يختلف فيه كان اجتهادًا أو وهلاً أو نسيانًا.

المتيطي عن ابن أبي زَمَنَيْن: من المختصرين من تأول المدَوَّنة على أنه ينقض ما حكم به، وإن أصاب قول قائل من العلماء، وتأول بعضهم: لأنه لا ينقض ما وافق فيه قول قائل من العلماء، وهذا أقرب للفظها.

المتيطي: على هذا اختصرها حمديس، وعلى الأول اختصرها الشَّيخ، ولفظه: إن بان له أنه أخطأ في قضائه نقضه، وإن أصاب قول قائل ابن أبي زَمَنَيْن أكثر أصحاب مالك على أنه إن قضى بقضيَّة، ثم رأى ما هو أحسن منه؛ فله أن يرجع إلى أحسن ما رأى، وإن كان الأول مما اختلف فيه.

قُلتُ: ظاهر لفظ المدَوَّنة: أنه إنما يرجع في حكمه إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به لا فيما تبين له أنه راجح، وظاهر لفظ ابن أبي زَمَنَيْن وابن رُشْد: أن له نقض

حكمه الأول إذا تبين له أن ما ظهر له ثانيًا أحسن وأصوب، وهو نص سماع أَصْبَغ قال له: تغيير حكمه الأول إذا رأى أحسن منه، وظاهر لفظ المدَوَّنة: أن بقاءه على ولايته ليس شرطًا في نقضه ما حكم به مما فيه اختلاف، وظاهر لفظ ابن رُشْد: أن بقاءه على ولايته شرط فيه، وهو نص سماع أَصْبَغ.

قال ابن رُشْد: لا أعلم فيه خلافًا، ولما حكى الصقلي قول المدَوَّنة قال: وقال الأخوان: ما دام في ولايته؛ فظاهره: أن التقييد بدوام كونه في ولايته خاص بها، وقال المازري: إن غلب على ظنه أنه أخطأ في اعتقاده الأول، ففي نقضه ذلك ثالثها: إن بقي على ولايته لها، ولسَحنون والأخوين: بناء على أن تجدد ولايته يعيده كقاض آخر أولاً.

قُلتُ: الأقوال أربعة فيها لا ينقض الأول إلا إن شاء هو الصواب إلا الأصوب، ولو تجددت ولايته.

الأخوان: هذا بشرط دوام ولايته.

ابن رُشْد: ينقضه، ولو كان الثاني أصوب بشرط دوامها.

الشَّيخ عن ابن زيد عن أشهب: ينقضه في الأموال لا في إثبات نكاح أو فسخه،

اللخمي: وعليه لا ينقضه إن كان بإثبات عتق أو ردة أو حد، أو إثبات قتل أو إبطاله؛ ومقتضى جواب سَحنون سؤاله شجرة عما سمعه من البينات في ولاية عزل عنها ثم تولي هل يبني على سماعه إياها أم يعيد سماعه إياه ببنائه على ما تحقق منها أن تجدد ولايته كدوامها خلاف قول الأخوين؟ وعلى هذين القولين يتخرج اختلاف الأندلسيين في الحكم الأول؛ كصاحب الشرطة إذا نظر في مسألة، ثم ارتفع لخطة القضاء قبل إكمال نظره فيها في بنائه على ما تقدم نظره واستئنافه فيها فتوى ابن عتاب وغيره.

قال ابن سهل: قال ابن عتاب: بهذا أفتيت أبا علي بن ذكوان حين ارتفع من خطة الشرطيَّة والسوق لخطة القضاء.

قلت له: أفتاه بعضهم بابتداء النظر، وقال لي: قاله من لم يعمل بقوله، ولا اشتغل بخلافه، ووافقني أبو المُطَرِّف بن جرح وغيره، وكان ابن القطان لا يستفتي حينئذ

لمحمول أدركه منها على أن تحدد الصفة الحكميَّة مقرونة بعارض لها يضره؛ كموصوف بها آخر أولاً، والعارض المقارن لها في مسألة سَحنون كونها أثر عزلة، وفي مسألة الأندلسيين أخص وصف الخطة التي ارتفع إليها؛ فالأول بناء على أن الجهل بالصفة مانع من العلم بموصوفها دونه، والثاني على عدم مانعيته، فتأمله.

ابن الحاجب: ويجب عليه نقض حكم نفسه فيما ينقض عليه حكم غيره، وفيما له فيه رأي، فحكم بغيره سهوًا.

ابن عبد السلام: ظاهر كلامه بالنقض في الصورتين، والذي قاله سَحنون فيما له فيه رأي، فحكم بغيره سهوًا أن له نقضه، ولم يقل يجب عليه نقضه، فتأمله.

قُلتُ: قوله: (ولم يقل يجب عليه) تبع فيه الصقلي.

وفي النوادر في كتاب ابن سَحنون عنه: إذا قضى بأمر ليس من رأيه، وهل فيه أو نسي؟ فهذا يرجع فيه، وإن وافق اختلاف الناس، وقد قال عمر بن عبد العزيز: ما من طينة أيسر على فتى من طينة طبيعتها على باطل.

قال سَحنون: وإن عزل، ثم رد؛ فإنه يغيره أيضًا.

قُلتُ: وظاهر هذا وجوب نقضه كما نقل ابن الحاجب لا كما نقل الصقلي، وفي تقرر فسخه حكمه بمجرد إشهاده بفسخه، ووقفه على تبيينه موجبه نقلا الشَّيخ عن ابن الماجِشُون، وابن نافع مع مُطَرِّف قائلاً: إلا أن يقول: تبين لي أن الشهود شهدوا بزور، واتفقوا على وقفه عليه في فسخه حكم غيره، وحكم الحاكم بموجب في الظاهر، وهو في باطنه حرام لا يحله في المعونة، ولو كان ما يملك الحاكم ابتداء كمن أقام على دعواه نكاح امرأة بينة زور، فحكم له بها لا يحل له وطؤها، وهو به زان، وكمن أقامت على دعواها طلاق زوجها إياها ثلاثًا بينة زور، فحكم الحاكم بطلاقها؛ لا يحل لها أن تنكح غيره، وقال أبو حنيفة: حكم الحاكم يحلها، قال: ومن أقام بينة زور بدعوى نكاح امرأة هي ذات محرم منه في الباطن؛ لم تحل له بحكم الحاكم، وكذا بما ليس له أنه له، وفرق بأن كل موضع لا ولاية له في ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا في الظاهر دون الباطن، وما لا ولاية له في ابتداء فعله؛ نفذ حكمه فيه ظاهرًا وباطنًا.

فإن قلت: هل يتخرج مما وقع في بعض التعاليق عن ابن الماجِشُون، وجماعة من أصحاب مالك، وحكاه المازري: أنه وقع في المذهب أن من ابتاع عبدًا؛ ردت شهادته بعتقه لا يعتق عليه، ولو بقي على إقراره مثل قول الحنفي والجامع بينهما اعتبار حكم الحاكم الصحيح بظاهره الباطل بباطنه، فعدم إيجاب العتق على الشاهد به مع إقراره إنما هو لاعتبار حكم الحاكم الصحيح بظاهره الباطل بباطنه؛ فيلزم مثله في مسألة بينة الزور في مسألة الحنفي.

قُلتُ: يرد بمنع كون الحكم في مسألة العتق باطلاً في الباطن؛ بل هو صحيح فيه؛ لأنه لا يرد شهادته لفسقه، والحكم برد شهادة الفاسق حق، ولو شهد بحق، وليس القول بعدم وجوب العتق على الشاهد المردودة شهادته بموجب كون الحكم المذكور متعلقًا بباطل في باطن الأمر، وإنما لم يجب عتقه عليه عند قائله؛ لأن متعلق شهادته، وإقراره إنما هو إنشاء ربه عتقه وهو يكذبه لا أنه حر؛ بل كونه حرًا لازم لماهيَّة إعتاقه ربه، فلما لم يثبت ماهيَّة إعتاقه ربه؛ لم يثبت لازمها، وهو حريته، فلم يحكم عليه بها هذا تقرير وجهه، ولما حكى المازري هذا القول قال: قد يسبق للنفس أنه شبه قول الحنفي، ولعلنا أن نبسط المسألة إن شاء الله.

ابن شاس: إنما القضاء إظهار لحكم الشرع لا اختراع له، فلا يحل للمالكي شفعة الجوار إن قضى بها الحنفي، وتبعه ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: هكذا قالوا، وليس بالبين؛ لأن ما تقدم الظاهر فيه مخالف للباطن، ولو علم القاضي كذب البينة ما حكم بها إجماعًا، وفي هذه الصورة الباطن؛ كالظاهر، وما قلناه هو ظاهر كلام السيوري في بعض مسائله.

قُلتُ: ظاهر قوله: هكذا قالوا مع عزوه ما ظهر له من خلاف ذلك للسيوري؛ أن المذهب ما قاله ابن الحاجب، وليس كذلك؛ بل مقتضى المذهب خلافه.

قال المازري في ائتمام الشافعي بالمالكي وعكسه: الإجماع على صحته، واعتذر عن قول أشهب: أن من صلى خلف من لا يرى الوضوء من القبلة؛ يعيد

وفي كتاب الزكاة منها: إن لم يبلغ حظ كل واحد من الخليطين ما فيه الزكاة، وفي

اجتماعهما ما فيه الزكاة؛ فلا زكاة عليهما، فإن تعدى الساعي، فأخذ من غنمهما شاة من غنم أحدهما ترادا فيه على عدد غنمهما.

قُلتُ: فتحليله لمن أخذت الشاة من غنمه الرجوع على خليطه بمنابه منها نص في صحة عمل المحكوم عليه بلازم ما حكم به الحاكم المخالف لمذهب المحكوم عليه، فأجرى إذا كان نفس ما حكم به له، ولا سيما على القول بأن كل مجتهد مصيب واتباع.

ابن الحاجب: لابن شاس في ذلك قصور، ولا أعلم لابن شاس مستندًا فيما نقله إلا اتباعه الغزالي في وجيزه قال ما نصه: ولا يحل للشافعي شفعة الجوار إن قضى له الحنفي، ولا يمنعه القاضي من الطلب اعتمادًا على اعتقاد قضاء نفسه، وهذا لا يجوز له؛ لأنه انتصب للنقل عن المذهب، فلا ينسب إليه ما ليس منه؛ ولذا يقول المازري في مسائل يذكرها للشافعي أو لغيره، ولا يحفظ فيه لأهل المذهب نصًّا الجاري على مذهبنا كذا، أو كفعل ابن بشير في العاقل العاجز عن مطلق الإيماء لا نص فيه عندنا، وذكر قول الشافعي حسبما تقدم في كتاب الصلاة.

اللخمي: إن أشكل الحكم على القاضي؛ وقف وحسن أن يدعوهما للصلح.

الشَّيخ: قال سَحنون في جوابه لحبيب: إذا كان في أمر الخصمين شبهة وإشكال؛ فلا بأس أن يأمرهما بالصلح.

اللخمي: روى محمد: قال مالك في بعض المسائل: لو اصطلحا، واختلف إن كان مجتهدًا في صحة تقليده غيره، وأن يقلده أحسن؛ لأنه فيما أشكل عليه كعامي بعد أن يسأله عن دليله، فإن أشكل عليه قلده، وإن بان له لغوه؛ لم يقلده، ويتقرر الإشكال من ثلاثة أوجه: عدم وجدان أصل النازلة في كتاب ولا سنة، والثاني: أن يشك هل هي من أصل كذا أم لا؟ والثالث: أن يجد بها أصلان بالسويَّة دون ترجيح، ويختلف في هذا القسم هل حكمه الوقف أو التخيير في الحكم بأيهما شاء قياسًا على تعارض الحديثين دون تاريخ؟ قيل: الحكم الوقف، وقيل: المفتي مخير بأيهما شاء، وقيل غير ذلك، والوقف أحسن.

قُلتُ: ظاهر قوله: أن الخلاف المذكور؛ إنما هو مذكور في تعارض الحديثين،

وخرج عليهما القياسين، وفي كتب الأصول -المحصول وغيره-: الخلاف مذكور نصًّا في القياسين في تحصيل السراج ما نصه حكم تعادل الأمارتين عند القاضي أبي بكر وأبي علي، وأبي هاشم التخيير.

وعرف بعض الفقهاء التساقط والأمارة عرفًا: كل ما أنتج الظن، وحكم الحاكم بعلمه في غير التعديل والتجريح.

قال اللخمي: لا يحكم بما علمه قبل ولايته، ولا بعدها في غير مجلسه ولا فيه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة؛ كسماعه إقرار أحدهما للآخر، فلما تقدما للحكومة؛ أنكر وهو فيه شاهد، وفي حكمه بما علمه من إقرارها في مجلس حكومتهما قولان؛ سَحنون مع عبد الملك، وابن القاسم مع مالك، ولما عزا أبو عمر الأول للشافعي وجمهور الفقهاء قال: واستحب مالك أن يحضره شاهدان، ولم يبح في شهادتيهما مدفعًا، وذلك دليل على أن ذلك عنده استحباب.

ولابن رُشْد في سماع عيسى: حكمه بما أقر عنده بعد ولايته؛ لا يجوز الحكم به اتفاقًا من العلماء، فإن فصل فسحه هو من ولي بعده، وما أقر به غيره بعد ولا يته في غير مجلس قضائه؛ لا يجوز حكمه به اتفاقًا في المذهب في غير الحدود، ومطلقًا في الحدود، وأجازه أهل العراق في غيرها، وروي عنهم: يقضي في الحدود بعلمه كغيرها، وهو بعيد، فإن قضى بما علمه بعد ولايته في غير مجلس حكمه؛ ففي فسخه غيره بعده، وقصر فسخه عليه قولا أشهب، والمشهور: وما أقر به أحد الخصمين في مجلس قضائه، ثم جحده؛ فالإختلاف فيه موجود في المذهب، وقال محمد: لا اختلاف فيه بين أصحاب مالك.

ابن الماجِشُون: الذي عليه قضاتنا بالمدينة وعلماؤنا، ولا أعلم مالكًا.

قال غيره: أنه يقضي عليه بما أقر به عنده، وقاله مُطَرِّف، وأَصْبَغ، وسَحنون.

ابن رُشْد: وهو دليل قوله ﷺ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه[1]، ولم يقل ﷺ

(1) أخرجه البخاري: 212/5 في الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ومسلم: رقم (1713) في

على ما ثبت عندي من قوله، ومشهور المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد، وهو قوله في هذا السماع.

الباجي: إن حكم بما علمه في مجلس قضائه؛ فقال ابن القُصَّار: لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا قال: وعندي أنه ينقض.

ابن زرقون في الموازيَّة: إن حكم بما علمه قبل ولايته؛ نقضه غيره، ولو حكم بما علمه في مجلس قضائ،ه ثم ولي غيره؛ لم ينقضه، وينقضه ما دام قاضيًا في الوجهين، وقاله أَصْبَغ.

قال ابن الحاجب: لا يحكم بالتخمين؛ لأنه فسق وجور.

قُلتُ: في الصحاح: التخمين: الحدس وكثيرًا ما رأيت بعضهم يحكم في النازلة، وهو لا يستند في حكمه لنقل يذكره بحال لما استقرئ من حاله إذا روجع في بعض أحكامه، لم يذكره مستندًا من نص رواية ولا قول لبعض أهل المذهب، ولا قياس عليه.

ابن الحاجب: ولا يحكم عليه بعلمه مطلقًا إلا أن يكون بعد الشروع في المحاكمة فقولان، فلو حكم بعلمه في غيره؛ ففي فسخه قولان، وأما ما أقر به في مجلس الخصومة فحكم به؛ فلا ينقض، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وظاهره: أنه لو حكم بما علمه قبل ولايته؛ ففي نقضه القولان، وظاهر ما تقدم لابن رُشْد: أنه يفسخه هو ومن بعده دون خلاف في ذلك.

قُلتُ: ولا يبعد إعمال ظاهر نقل ابن الحاجب؛ لأن ظاهر نقل ابن رُشْد؛ إنما هو على قوله: ما علمه قبل ولايته؛ لا يجوز حكمه به اتفاقًا من العلماء، وهو خلاف نقل أبي عمر قال: جاء من طرق أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حدًا في موضع كذا، فقال عمر: إني لأعلم الناس بذلك ربما لعبت أنا وأنت فيه، ونحن غلمان، فإذا قدمت مكة، فأتني بأبي سفيان، فلما قدم مكة أتاه

الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة.

المخزومي بأبي سفيان فقال له عمر: انهض بنا لموضع كذا، فنهضوا، فنظر عمر، فقال يا أبا سفيان: خذ هذا الحجر من هنا وضعه هنا، فقال: والله لا أفعل، فقال: والله لتفعلن، فقال: لا أفعل، فعلاه عمر بالدرة، وقال: خذه لا أم لك وضعه هٰهنا، فإنك ما علمت تحريم الظلم، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر، ثم استقبل عمر القبلة، فقال: اللّٰهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه، وأذللته بالإسلام، فاستقبل أبو سفيان القبلة فقال: اللّٰهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما ذللت به لعمر، فقضى عمر بما علمه قبل ولايته، وإلى هذا ذهب أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وأبو ثور سواء عنده علمه قبل ولايته أو بعده في مصره أو غير مصره.

قال أبو حنيفة: علمه قبل ولايته، أو رآه في غير مصره؛ لا يقضي بعلمه فيه، وهو فيه شاهد، وما علمه بعد ولايته، أو رآه بمصره؛ قضى فيه بعلمه، واتفق أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يقضي بعلمه في الحدود.

وقال الشافعي وأبو ثور: يقضي في الحدود وغيرها بعلمه، قلت: استدلال أبي عمر على القضاء بما علمه قبل ولايته بفعل عمر يرد بأنه إنما قضى به بعد رؤيته فهو قضاء بعلمه المستصحب إلى وقت الحكم، فهو حكم بما علمه في ولايته، فتأمله.

المازري: في حكمه بما علمه مطلقًا ثالثها: بما علمه بعد ولايته غير حد، ورابعها: هذا ولو علمه قبل ولايته، وخامسها: بما علمه غير حد في مجلس قضائه لأحد قولي الشافعي ومالك مع الأوزاعي، والشعبي، وجماعة، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، وسَحنون مع عبد الملك، وعلى المشهور أنه لا يحكم عليه بما أقر به في مجلس حكومته في صحة شهادته علته أنه عند غيره، سماع عيسى ابن القاسم، ونقل ابن رُشْد نقل محمد أحد قولي ابن القاسم.

اللخمي: إن حكم على الخصم بإقراره، ولم ينكر حتى حكم عليه، ثم أنكر بعد الحكم، وقال: ما كنت أقررت بشيء؛ لم ينظر إلى إنكاره هذا مشهور المذهب.

وقال ابن الجلاب: إن ذكر الحاكم أنه حكم بأمر، وأنكر المحكوم عليه؛ لم يقبل

قول الحاكم إلا ببينة، وهو أشبه في قضاة اليوم؛ لضعف عدالتهم.

المازري من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل، فيقول: علمت فيها لا علم له به، وعلى هذا التعليل؛ لا يقبل قوله: ثبت عندي كذا إلا أن يسمي البينة، وقد ركب ابن القُصَّار هذا وقال: لا يقبل منه حتى يسمي البينة، وكذا قال ابن الجلاب، فذكر ما نقله اللخمي عنه قال: وقال: أَصْبَغ في الواضحة: إن أنكر المحكوم عليه أنه خاصم عند القاضي، وأعذر إليه، فحكم عليه قبل قول القاضي أنه فعله؛ ابن الجلاب: إن أنكر أنه أقر بعد الحكم؛ لم يفده على المشهور، وفي الجلاب: إن ذكر الحاكم أنه حكم، فأنكر المحكوم عليه؛ لم يقبل إلا ببينة على حكمه.

ابن عبد السلام: إنما فسر المؤلف الشاذ بقول ابن الجلاب؛ لأن كلامه ليس نصًّا في مخالفته القول المشهور؛ لأن مسألة المشهور ما خالف الخصم في أن القاضي حكم عليه؛ إنما خالف في سببه القاضي بقول: حكمت عليك بعد إقراره، والخصم يدعي جوره أو سهوه، ويقول: حكم علي، ولم أقر.

وفي مسألة الجلاب: القاضي يقول: حكمت عليه، والخصم يقول: ما حكم علي، ولو عرضت مسألة المشهور على الجلاب؛ لاحتمل أن يوافق المشهور لإقرار الخصم فيها أن القاضي حكم عليه.

قُلتُ: هذا يدل على فهمه مسألة الجلاب على أن قبول قول القاضي إنما يتوقف على البينة بقضائه بذلك فقط، ودليل قول المازري المتقدم: أنه متوقف على إثباته البينة التي حكم بها تسميتها لا البينة بمجرد حكمه، وهو مقتضى جعل اللخمي قول الجلاب خلاف المشهور؛ لأن المسألة التي جعل حكمها هو المشهور؛ إنما هو فيها قبول قول القاضي في إسناده حكمه الذي أنفذه لموجبه الشرعي، وهو إقرار الخصم المستمر لوقت نفوذ الحكم عليه، وجعل قول الجلاب خلافه، ولا يتقرر كونه خلافه إلا بما فسر به المازري من أنه موقوف على ثبوت ما استند إليه حكمه شرعًا بتسميته وهو البينة، وذلك بخلاف ما فسر به الشَّيخ فتأمله، ثم قال اللخمي: إن أنكر المحكوم عليه أنه خاصم عند هذا القاضي، وقال القاضي: خاصمت وأعذرت إليك وعجزت،

فحكمت إليك؛ فقال أَصْبَغ: القول قول القاضي، وقال ابن الجلاب: لا يقبل قوله إلا بينة، وإن كان مضمون الحكم وقفًا على رجل؛ لم يقبل قوله على المحكوم عليه إلا ببينة؛ لأنه في هذا دافع عن نفسه، وقاله أَصْبَغ في الواضحة، وفرق بين هذا وبين كون الحكم بين متنازعين، ولو حكم بغرم رجل مائة دينار لآخر ببينة معينة، فقالت: إنما شهدنا بها للمحكوم عليه على المحكوم له، والقاضي متيقن ما حكم به؛ ففي مضي حكمه ونقضه فيما بين المحكوم عليه، والحاكم يغرمه ذلك قولا ابن القاسم وسَحنون قائلاً: ولا يرجع على الشهود بشيء، ومحمد قائلاً ويغرم المائة للمحكوم عليه، ولا يرجع على الشهود، وعليه ينبغي إن كان الحاكم فقيرًا؛ نزع المال من المحكوم له للمحكوم عليه إن رفع ذلك لحاكم غير الأول، وظاهر نقل اللخمي: أن القاضي إنما يغرم مائة واحدة، ولما نقل المازري عن محمد ما تقدم قال: ولم يكتف محمد بإغرامه المائة التي حكم بدفعها لمن صارت له فقط؛ بل أغرمه مائة أخرى هي المشهود بها للمحكوم عليه على المحكوم له، ولو قال القاضي: أشك في ذلك؛ نقض حكمه بين الخصمين، ورجع لما تقوله البينة الآن، وغرم المحكوم له ما يبين.

قُلتُ: ذكر الشَّيخ عن ابن القاسم نحو ما تقدم، وقيده بكونه عدلاً.

اللخمي: لو أنكر الحاكم والمحكوم عليه الحكم وقال: ما حكمت بهذا، فشهدت بينة بحكمه له؛ وجب تنفيذه.

قُلتُ: وحكاه الشَّيخ عن ابن القاسم وابن وَهْب.

وفي التلقين: إن بنى الحاكم حكمًا حكم به، فإن شهد عنده عدلان؛ أنفذ شهادتهما.

المازري: هذا خلاف مذهب مالك خلاف مذهب أبي حنيفة والشافعي، ولم يذكر عن المذهب خلافًا فيه.

وفي جامع العتبيَّة: قال مالك: قدم بالهرمزان، وجهينة على عمر، فأراد قتلهما، فكلمهما، فاستعجما عليه، فقال: لا بأس عليكما، ثم أراد قتلهما، فقالا: ليس لك ذلك قد قلت: لا بأس عليكما.

ابن رُشْد: الهرمزان: سيد دستر حصره أبو موسى في قلعة له حتى نزل على حكم

عمر، فقال: انتهيا به لعمر، قال له عمر: تكلم، قال: كلام حي أو ميت؟! قال: تكلم فلا بأس، قال: إنا وإياكم معاشر العرب ما خلا الله بيننا وبينكم كنا ونقتلكم، فلما كان الله معكم؛ لم يكن لنا بكم يدان، قال عمر: ما تقول يا أنس؟ قلت: يا أمير المؤمنين تركت بعده عدده كثيرًا، وشوكة إن قتله أيس القوم من الحياة، ويكون أشد لشوكتهم. فقال: أستحيي قاتل البراء بن مالك، ومجزأة بن ثور، فلما خفت أن يقتله قلت: ليس إلى قتله من سبيل، قد قلت له: تكلم؛ فلا بأس، فقال: لتأتين بمن يشهد له غيرك، فشهد الزبير معي، فأمسك عمر عنه، فأسلم وفرض له.

قُلتُ: وهذا حجة لمالك.

قال ابن شاس بعد نقله كلام التلقين: وحكى الشَّيخ أبو محمد رواية: أنه لا يلتفت إلى البينة بذلك، ولا يحكم بها.

قُلتُ: لم أجد هذا في النوادر؛ بل نقيضه حسبما تقدم، وعدم ذكرها.

المازري واللخمي وابن رُشْد: وعدم وجدانها في النوادر يوجب منها في النفس شيئًا، ولما ذكر لي أن في بعض نسخ ابن شاس: الشَّيخ أبو عمر نظرت في كتابه الكافي، فذكر فيه الرواية معزوة لمالك وأصحابه قال: وقول من قال: لا يجيبه إلى ذلك، ولا يسمع من بينته أولاً؛ لأنها تشهد عنده على عقده ما لم يعلمه من نفسه.

قُلتُ: ما تقدم عن عمر رضي الله عنه يرده وروايات الأمهات واضحة بوجوب تسوية القاضي بين الخصمين في مجلسهما بين يديه، والنظر إليهما، والسماع منهما، ورفع صوته عليهما.

قال الشَّيخ عن أشهب: إلا من نظر إليه إغلاظًا عليه للردة إذا كان بحيث لو صدر ذلك من الآخر؛ فعل به مثله.

المازري: لو كان الخصمان مسلمًا وذميًا، ففي تسويتهما في مجلسهما كمسلمين، وجعل المسلم أرفع قولان.

قُلتُ: لم يذكر الشَّيخ غير الأول معزوًا لأَصْبَغ، والروايات مطلقة في وجوب التسوية بين مطلق الخصمين، وذكر اللخمي القولين، وقال: أرى أن يتقدم المسلم

الذمي بيسير، وقال: قال أشهب: للقاضي أن يشد على عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه؛ ليبسط أمله، ورجاءه في العدل، ويلقنه حجة عمي عنها إنما يمنع تلقين أحدهما الفجور.

قُلتُ: زاد الشَّيخ في المجموعة، وكتاب ابن سَحنون: لا ينبغي أن يشد على عضد أحدهما، ولا يلقنه حجة.

الشَّيخ: لأشهب في المجموعة: إن جلس الخصمان بين يديه؛ فلا بأس أن يقول: ما لكما، أو ما خصومتكما، أو يسكت ليبتدآه، فإن تكلم المدعي؛ أسكت الآخر حتى يسمع حجة المدعي، ثم يسكته، ويستنطق الآخر منهم حجة كل واحد منهما، ولا يبتدئ أحدهما فيقول: ما تقول: أو ما لك إلا أن يكون علم أنه المدعي، ولا بأس أن يقول: أيكم المدعي؟ فإن قال أحدهما: أنا، وسكت الآخر؛ فلا بأس أن يسأله عن دعواه، وأحب إلي أن لا يسأله حتى يقو خصمه بذلك، وإن قال كل منهما للآخر: هذا المدعي أقامهما عنه حتى يأتيه أحدهما، فيكون هو الطالب، وقاله أَصْبَغ ابن عبد الحَكم: إن ادعى كل منهما أنه المدعي، فإن كان أحدهما جلب الآخر؛ فالجالب المدعي، وإن لم يدر الجالب؛ بدأ بأيهما شاء، وإن كان أحدهما ضعيفًا، فأحب إلي أن يبدأ بالآخر.

اللخمي: إن صرفهما لدعوى كل منهما أنه الطالب، فأبى أحدهما الانصراف؛ بدأ به، وإن بقي كل منهما متعلقًا بالآخر؛ أقرع بينهما، وإن كان لكل منهما على الآخر طلب وتشاحا في الابتداء؛ أقرع بينهما، وقيل: الحاكم بالخيار، واستحب ابن عبد الحَكم أن يبتدئ بالنظر لأضعفهما.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: كان إذا سمع الدعوى والإنكار؛ أمر كاتبه بكتبهما، ثم عرض ما كتب عليهما، فإن وافقا عليه؛ أقره، وإن كان شيئًا غيره، ثم سأل البينة عن شهادتها، فإن خالفت الدعوى؛ لم يأمر بكتبها وأخرجهم، وإن وافقتها؛ كتبها.

ولأَصْبَغ: إذا أقر أحدهما بما للآخر فيه نفع؛ فلا بأس أن ينبهه القاضي بقوله: هذا لك فيه نفع، هات قرطاسك أكتب لك فيه، ولا ينبغي له ترك ذلك، ويجب جواب دعوى أحد الشركاء في حق بادئه أو غيره على غريم طلبه، وإن لم يطلبه باقيهم إن لم

يقوموا لطلبه معه، ولو حضر مع شركائه أو بعضهم لمخاصمته؛ فللمدعي عليه ترك مخاصمتهم مفترقين حتى يقدموا لخصومته واحدًا فقط.

وقول ابن المناصف: إذا كان لجماعة حق واحد على رجل؛ فإما وكلوا كلهم واحدًا على خصومته، أو خاصموه مجتمعين، ولا يتعاورون عليه واحدًا بعد واحد إطلاقه وهم، أما الأول؛ فلقولها في الولاء لمن ورث حقًّا في دار الخصومة فيه: ولا يقضي له إلا بحظه، ولجواب ابن رُشْد بقوله في سؤال عياض له لمن قام من أصحاب جنات: لهم حق في ماء الخصومة في حقه، ومكنه الحاكم من ذلك، وإن لم يقم بقيَّة أصحابه معه.

وأما الثاني؛ فلجوابه عن ورثة قام بعضهم بقوله: من حق المطلوب اجتماع الورثة في مخاصمته، أو توكيل واحد عنهم لسماع ابن القاسم في الأقضية في ورثة ادعوا منزلاً بيد رجل يوكلون من يخاصمه، لا يتعاورونه هذا يومًا وهذا يومًا، وإذا ذكر المدعي دعواه؛ فمقتضى المذهب أمر القاضي خصمه بجوابه إن استحقت الدعوى جوابًا، وإلا فلا؛ كقول المدعي: هذا أخبرني البارحة أنه رأى هلال الشهر، أو سمع من يعرف للقطة، ولا يتوقف أمره بالجواب على طلب المدعي لذلك بوضوح دلالة حالة التداعي عليه.

المازري: إن لم يكن من المدعي أكثر من الدعوى، فإن قال للقاضي: لي عند هذا ألف درهم؛ فللشافعيَّة في هذا وجهان: أحدهما: ليس للقاضي طلب المدعى عليه بجواب؛ لعدم تصريح المدعي بذلك، وذكر أن أخوين بالبصرة كانا يتوكلان على أبواب القضاة، ولهما فقه، فلما ولي عيسى بن أبان قضاء البصرة، وهو ممن عاصر الشافعي، أراد الأخوان أن يعلماه مكانهما من العلم، فأتياه، فقال له أحدهما: لي عند هذا كذا وكذا، فقال عيسى للآخر أجبه، فقال المدعى عليه: ومن أذن لك أن تستدعي جوابي، وقال المدعي: لم آذن لك في ذلك، فوجم عيسى بن أبان فقالا له: إنما أردنا أن نعلمك مكاننا من العلم، وعرفاه بأنفسهما، وعنده مناقشة لا طائل تحتها؛ لأن الحال شاهدة بذلك، وهو ظاهر مذاهب العلماء.

قُلتُ: وظاهر قول المازري: ومن نقل عنه توجه دعوى المدعي بإيجاب جوابه

خصمه بمجرد قوله: لي عند هذا ألف درهم، وليس كذلك؛ بل لا بد من بيانه ما به تقررت له عليه من سلف أو معاوضة، أوبت عطيَّة أو عدة بها؛ لجواز كونها بأمر لا يوجب وجوبها عليه، كعدة أو عطيَّة من مال أجنبي ونحو ذلك، وحق المدعي المقر أن لا بينة له إن أنكر خصمه دعواه الجائز إقراره تحليفه إياه.

المازري: الأصل أن القاضي لا يستحلفه إلا بإذن المدعي إلا أن تدل قرينة الحال على أنه أراد من القاضي ذلك، وذكر عن بعض القضاة: أن رجلاً ادعى على رجل ثلاثين دينارًا، فأنكر المدعى عليه، فاستحلفه القاضي، فقال الطالب: لم آذن في هذه اليمين، ولم أرض بها؛ فلا بد أن تعاد اليمين، وأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارًا كراهة أن يكلفه إعادة اليمين قضى عليه بها.

وفي الشهادات منها: وإن حلف المطلوب، ثم وجد الطالب بينة، فإن لم يكن علم بها؛ قضى بها، وإن استحلفه بعد علمه بها تاركًا لها، وهي حاضرة أو غائبة؛ فلا حق له، وإن قدمت بينته، وإن قال الطالب للقاضي بينتي غائبة، فأحلفه لي، فإن قدمت؛ قمت بها، فإن كانت بعيدة، وخاف القاضي تطاول الأمر، وذهاب الغريم؛ أحلفه له، وله القيام ببينته إذا قدمت، وإن قربت غيبتها كاليومين والثلاثة لم يحلفه إلا على إسقاطها، وظاهر قوله: إن لم يكن علم بها؛ قضى له بها دون يمينه أنه ما علم بها.

وقال الصقلي عن ابن الماجِشُون: كانت بينته حاضرة أو غائبة بعد حلفه ما علم بها، ولو وجد شاهدًا واحدًا، فقال الأخوان وابن عبد الحكم وأَصْبَغ: لا يحلف معه، ولا يقضى له إلا بشاهدين.

قُلتُ: ما ذكره عن ابن الماجِشُون من قوله: بعد حلفه ما علم بها ذكره ابن فتوح وغيره غير معزو لابن الماجِشُون كأنه المذهب.

قال ابن عات: تكون يمينه معتبرة القبول للبينة إلا أن يكون في الخصام تطويل ابن فتوح من الحزم للمدعى عليه إذا دعي لليمين؛ أن يلتزم المدعى عليه أنه أسقط بينته علمها أو جهلها، فإن عقد عليه هذا؛ لم تسمع بينته.

وسمع القرينان من كتاب الديات: من قضى من له عليه دينار ديناره ببينة، ثم

تقاضاه منه بعد شهر، فقال له: قضيتكه وأشهدت عليك بذلك فلانًا وفلانًا، فأنكره، فقال: أتحلف، قال: نعم، فحلف وقضاه؛ فله القيام عليه بالشاهدين.

ابن رُشْد مثله في الموازيَّة من رواية ابن عبد الحَكم، وفي الثمانية للأخوين، وزاد ابن الماجِشُون: أنه آثم إلجائه إلى يمين باطلة، وبينته حاضرة يعلمها.

وفي الواضحة للأخوين مثل المدَوَّنة: لا قيام له، ولا يدخل هذا الخلاف في الصلح، وذكر الصقلي استحسان بعض القرويين ما في المدَوَّنة: إن كان أمر البينات يطول عند القضاة؛ فالأقوال به ثلاثة.

ابن فتوح: إنما يكون له أن يحلفه، وبينته غائبة على أنه يقوم بها بعد حلفه أنه ببلد بعيد، ويسمي البينة، قلت: ويعين الموضع خوف أن يعتقد فيما ليس بعيدًا أنه بعيد والخوف في المفاذة يصير القريب بعيدًا.

ابن فتوح: من ادعى على رجل بحقوق عددها، وقال بعضها: لا بينة له به، وله على بعضها بينة غائبة، وطلب حلفه على ما لا بينة له عليه به، وبناه على ما له عليه البينة؛ لم يكن له أن يحلفه على ما لا بينة له عليه إلا إن التزم أنه إن عجز عن بينة ما قال أن له عليه بينة؛ لم يحلفه عليه، وإلا أخر تحليفه لوقت إقامته تلك، فإن أقامها، وإلا جمع دعاويه، وحلفه على جميعها.

وسمع ابن القاسم: من طلب رجلاً بمائة دينار، وقال المدين: إنما علي مائة، وقال الطالب: ضاع ذكر حقي بالمائتين، ونسيت شهوده فصالحه على ما يبين دعواهما، ثم وجد كتابه بشهوده، فإن عرف هذا من قوله؛ فله القيام بذكر حقه، ويغرمه بقيته.

ابن رُشْد: يريد: بقوله عرف أنه كان قبل الصلح له ذكر حق ضاع، ودليله أنه إن لم يعرف ذلك من قوله؛ فلا قيام له؛ كقول مالك في كتاب الجدار: إن صالحه جاهلاً بينته؛ فلا شيء له، خلاف قولها في الصلح: من صالح جاهلاً ببينته؛ فله القيام ببقيَّة حقه إن وجد بينة، ويحتمل أن يكون معنى قوله هنا رجع ببقيَّة حقه دون يمين، وإن لم يعرف قوله ذلك؛ لم يرجع إلا بعد يمينه أنه إنما صالحه وكتابه قد ضاع، ولا يعرف شهوده؛ فلا يكون ما في السماع مخالفًا لما في المدَوَّنة، وفرق في كتاب الجدار بين

المسألتين، فيتحصل فيها ثلاثة: عدم رجوعه بوجود ذكر حقه، ولا بعثوره على بينه لم يكن علمها، ورجوعه في الوجهين، ورجوعه بوجوده ذكر الحق لا بعثوره على البينة.

أول مسألة من أقضيتها: قال مالك: وجه حكم القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما، وفهم عنهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة، فإن قالا: لا وقع الحكم، فإن أراد بعد ذلك نقض ذلك؛ لم يقبل منهما إلا أن يأتيا بأمر له وجه.

ابن القاسم: مثل أن يأتي شاهد عند من لا يرى الشاهد واليمين، وقال الخصم: لا أعلم لي شاهدًا آخر، فحكم عليه، ثم قدر على شاهد آخر؛ قضى لهذا الآخر.

عياض: مراد يفهم عنهما تحققه ما سمعه منهما دون احتمال، لا أنه فهم من معرض كلامهما، ولحن خطابهما، ليس هذا مما تقام الأحكام به.

وقد قال أشهب وسَحنون وغيرهما: لا يقضي حتى لا يشك أنه قد فهم؛ فإما أن يظن أن قد فهم، ويخاف ألا يكون فهم؛ فلا يقضي به، قلت: هذا خلاف ظاهر قول ابن محرز .

قوله: وفهم القاضي عنهما؛ لعل فهمه عنها يقوم مقام ما سمعه منهما؛ لأنه حمله على أنه يجتزئ بمجرد فهمه، وذلك عندي جار على الاختلاف في صحة الشهادة بأوله.

قال ابن رُشْد في رسم الطلاق من سمَاع القرينين في التخيير والتمليك في إعمال الشهادة بما يظهر من قصد المشهود عليه وإرادته ثالثها: وبت الشاهد شهادته بذلك بسماع القرينين مع سمَاع أَصْبَغ ابن القاسم، وسماعه يحيى وأَصْبَغ: وترك الشهادة بها أيام،

قضى ابن عبد السلام بتونس في مال معتبر نحو ألف دينار ذهبًا أميريَّة، فحكم بما فيها.

عياض: قوله: (أبقيت لكما حجة قبل)؛ صوابه أن يقول للمحكوم عليه، وعليه اختصرها الشَّيخ ومن تبعه: فهو الذي يعذر له لا للمحكوم له، وقيل: صوابه بما فيها أن المطلوب إذا ذكر حجة، سئل الطالب عن جوابها، كأنه أبقي لكما كلام أسمعه منكما.

عياض: وأوجه ما فيه عندي: أن الحكم يتوجه مرة على الطالب، ومرة على المطلوب، فيقول لهما: ذلك على الانفراد، فصح اختصار ذلك في لفظ واحد.

اللخمي: اختلف إذا لم يثبت على المدعي عليه بتلك الدعوى شيء هل يكتب له بذلك حكم؟ فقال عبد الملك: من ادعى شيئًا، وعجز عن تزكية بينة له، فقال المطلوب للقاضي: احكم بعجزه؛ لئلا يقوم بها على ثانية؛ ليس ذلك على القاضي، وقال مُطَرِّف: عليه ذلك، واختلف إن أتى بعد ذلك من يزكيها، أو بينة عدلة بعد ذلك، فأصل مالك وابن القاسم: أنها تقبل، وقال مُطَرِّف: لا تقبل إلا في العتق والطلاق والنسب.

وسمع يحيى ابن القاسم في كتاب الشهادات: إذا قضى القاضي لرجل، وسجل له، وأشهد له عليه، ثم قام المحكوم عليه بينة تجريح بعض من حكم به؛ قبل يمينه إن رأى له وجهًا، كقوله: جهلت سوء حالهم حتى ذكر لي، وظهر أنه غير ملد، ومن ولي بعد القاضي في ذلك مثله إن كان ادعاه عند الأول، وإن كان لم يقم به عند الأول.

ابن رُشْد: تمكينه من التجريح بعد التسجيل عليه إن كان له وجه كقولها: وسكت عن جواب إن قام بذلك عند من ولي بعد الأول، ولم يقم به عنده وفيه ثالثها: لا يمكنه منه القاضي المسجل، ويمكنه من ولي بعده هذا في المطلوب، وفي الطالب رابعها: قول ابن الماجِشُون: الفرق بين أن يعجزه في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل، ثم رجع على الطالب، وهذا الاختلاف؛ إنما هو إن عجزه القاضي بإقراره بالعجز، ولو عجزه بعد التلوم والإعذار، وهو يدعي أن له حجة؛ لم يقبل منه ما أتى به من حجة بعد ذلك؛ لأن ذلك قد رد من قوله قبل نفوذ الحكم عليه.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من ادعى على نكاح امرأة أنكرته بينة بعيدة؛ لم ينتظر إلا في بينة قريبة، ولا يضر ذلك بالمرأة، ويرى الإمام لما ادعاه وجهًا، فإن عجزه، ثم أتى ببينته، فقد مضى الحكم نكحت المرأة أم لا؟.

ابن رُشْد: لا يقبل منه بينة بعد التعجيز خلاف سماع أَصْبَغ من كتاب الصدقات وظاهر المدَوَّنة؛ إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب أو المطلوب، ثم ذكر ما تقدم.

المازري: إن سجل القاضي بحكمه لطالبه؛ ففي قبول ما يأتي به المطلوب مما يبطل ذلك الحكم ثالثها: عند ذلك القاضي لا غيره.

لها ولسَحنون ومحمد: وتجري الثلاثة في عجز الطالب والإعذرًا سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه؟ قال غير واحد: واللفظ لابن فتوح: لا ينبغي للقاضي تنفيذ حكم على أحد حتى يعذر إليه، قلت: ظاهره: ولو فيما شهد به على الخصم من إقرار بمحضر الحاكم.

ولابن رُشْد في رسم الجواب من سماع عيسى من الأقضية: يحكم عليه بتلك البينة دون إعذار، قاله ابن العطار، وفي ذلك اختلاف.

قُلتُ: قال ابن سهل: لا يعذر فيها لعلمه بها، وقطعه بتحقيقها.

قال أبو إبراهيم التجيبي: وسقوط الإعذار في ذلك إجماع من المتقدمين والمتأخرين، وكذا ذكره ابن العطار، وأنكره ابن الفخار وقال: في ذلك اختلاف قد قال معنى لا يحكم بعلمه، ولا بما يقر به عنده، فإذا هذا كهذا؛ فكيف يقضي بالبينة دون إعذار، فقد تبين الإعذار فيهما أنهما غير عدلين.

قال ابن سهل: وهو القياس الصحيح لمن قال: لا يقضي بعلمه، ولا بما سمعه في مجلس حكمه، وبما قاله أبو إبراهيم وابن العطار؛ جرى العمل.

وذكر ابن سهل في مسأله أبي الخير الزنديق الملقب لزندقته بأبي الشر: أنه شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو عشرين منهم، وأكثر من ضعفهم استظهار، فأفتى قاضي الجماعة منذر بن سعيد، وإسحاق بن إبراهيم، وصاحب صلاة الجماعة أحمد بن مُطَرِّف وغيرهم بقتله دون إعذار له، وأشار بعض من حضر من أهل العلم بأن يعذر إليه، فأخذ الناظر في أمره بالقول بعدم الإعذار، وإذا طلب قاض عزل بجرحة ثبتت عليه، فقال ابن الحاج في نوازله: لا يعذر له؛ لأنه طلب لخطة القضاء، وطلبها جرحة، فقال: إنما طلبتها لدفع معرة سقوط شهادتي، ولدرء الجرحة عني لا لطلب القضاء؛ احتمل أن يجاب بالإعذار له، فيسمى له شهود تجريحه إن جرحهم؛ سقط جرحه، وأن لا يجيب إلى ذلك؛ لأنه حق للمسلمين لا لمعين، وقبول

تجريح السر؛ يمنع تسمية شهود تجريحه، فيسقط الإعذار، كما لو علم القاضي جرحه بغير واسطة، وأفتى الفقيه المشاور أبو الوليد هشام بن أحمد عرف بابن العواد بعدم الإعذار إليه قال: والقول به باطل، وتغيير لسنة الإسلام.

قُلتُ: ومقتضى تعليل ابن مغيث منع حكم الحاكم بعلمه يتعذر الإعذار فيه؛ لأنه لا يعذر في نفسه مع الإقرار على حكمه بعلمه في الجرح سقوط الإعذار فيه، فأفتى ابن رُشْد في نوازله إن عزل وصيًا من ولاه بأمر رآه باجتهاده؛ فليس عليه أن يعلمه به، وإن عزله لجرحة؛ ثبتت عنده، فطلبه أن يعذر إليه في ذلك، ووجد بخط الفقيه أبي القاسم بن البراء أحد قضاة تونس في أواسط القرن السابع: وجدت بخط ابن زيدان أن أهل الجزيرة الخضراء شكوا سوء حال قاضيهم ابن عبد الخالق لأمير المسلمين علي بن يوسف بن تاشفين، فرد أمره لقاضي سبتة ابن منصور فقال: سألت عنه سرًا؛ فصح عنه أنه لا يصلح للقضاء، فقال له المعزول: عرفني بمن صح عندك لعله عدو لي، فأبى تعريفه، فأفتى فقهاء قرطبة بلزوم تعريفه بمن ثبتت جرحته، وقال أبو الوليد بن رُشْد: لا يلزم تعريفه بمن ثبت تجريحه، واحتج بأن هذا ليس من باب الأحكام التي يعزل فيها بالتعديل والتجريح؛ بل يكفي في العزل للشكوى؛ كفعل عمر في سعد بن أبي وقاص قال: ولهذا المعزول أن يزكي نفسه؛ لتقبل شهادته، ولا يكون عزله جرحة؛ إذ القضاء حق للمسلمين؛ ولذا لا يمكن من الإعذار، فذكر ذلك للقاضي ابن أحمد فقال: لا يصح الاحتجاج بقضيَّة سعد؛ لأن ذلك إنما هو للأمراء العام نظرهم في ذلك وغيرهم، ودليله أن من عزل منهم؛ قوسم بعضهم فيما بأيديهم، والقاضي ليس له ذلك، ومال إلى الإعذار للقاضي من أجل جرحته، وإذا ظن أن من أعذر إليه لجهل؛ ما يسقط عنه خصمه نبهه الحاكم عليه.

وفي السرقة منها: إذا زكيت البينة، والمطلوب يجهل وجه التجريح من جهة الرجال، وضعفة النساء؛ أخبره القاضي بما له من ذلك، وبينه له لعل بينه وبينه عداوة، أو شركة مما لا يعلمه المعزولون، فإن كان مثله لا يجهل التجريح؛ لم يدعه إليه، وليس كرد اليمين؛ لأن الحكم لا يتم إلا بردها.

قُلتُ: كذا الواقع في أكثر نسخ المدَوَّنة: أو شركة من الشركة، وفي بعضها: أو شر من الشرورة، وفهم هذه الرواية إن ثبتت واضح، وفي الرواية الأولى إشكال؛ لأن شهادة الشريك على شريكه جائزة، فقال بعضهم: معناه: إذا شهد أحد المتفاوضين لصاحبه، ورد بأن ظاهر اللفظ أن الشركة المذكورة هي بين الشاهد والمشهود عليه لا بين الشاهد والطالب، وأجاب أبو موسى المومتاني من فقهاء فاس بأن معنى المسألة أن أحد الشركاء شهد على شريكه في ربع بينهما أنه باع حظه منه، فترد شهادته بتهمته على الشفعة، وكذا إن كان عبد بين اثنين أعتق أحدهما حظه منه وهو عديم، وشهد عليه شريكه أنه مديان لفلان بدين يرد عتقه؛ لأنه يتهم رد عتقه؛ لأنه يغيب عليه العبد، وكذا إن شهد عليه أنه ملي؛ لأنه يتهم في أن يقوم عليه.

وسمع القرينان: لا يقول الحاكم لمن شهدت عليه بينة: عدلت دونك فجرح؛ لأنه توهين للبينة.

ابن نافع: أرى أن يقوله له.

ابن رُشْد: هذا الواجب عند مالك أن يقول له: إن كان عندك ما تسقط به شهادتهم، فأت به، وفي تمكين المطلوب من فسخه بما شاهد به عليه مطلقًا، أو إن كان فيما يشكل، ويحتاج المطلوب فيه إلى تدبر وتأمل نقلا المازري عن القاضي أبي طالب، والشَّيخ المازري، وعليه العمل، فإن ادعى المحكوم عليه أنه يأتي ببينته على ما له به نفع؛ أجل لها.

سمع القرينان: من أقام بينة على ملكه منزلاً بيد رجل، فسئل من بيده المنزل عن حجته، فيذكر حجة، لو قامت بها بينة؛ كان أولى بالمنزل من مدعيه، وسأل ضرب الأجل لإثباته بالبينة على ذلك، فأجل الأجل الواسع الشهرين والثلاثة، فيمضي الأجل، ولم يذكر شيئًا، ويحضر غيبة شهوده، وتفرقهم أيضرب له أجل آخر أم يقضي عليه؟ قال: أما الرجل المأمون الذي لا يتهم على المدعي بباطل، ولا يتقوله، فيزيده في الأجل، وأما الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه؛ فلا يمكن من ذلك إلا أن يذكر أمرًا يقارب شأنه، ثم يختبر كذبه في مثله.

ابن رُشْد: ضرب الأجل للمحكوم عليه فيما يدعيه من بينة مصروف لاجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر له من حال المضروب له الأجل، والأصل فيه قول عمر في كتبه لأبي موسى الأشعري من قوله: واجعل لمن ادعى حقًا غائبًا أو بينةً أمرًا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة؛ أخذت له بحقه، وإلا استحللت عليه القضيَّة، والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يومًا تضرب له عشرة أيام، ثم عشرة أيام، ثم يتلوم له بعشرة، أو ثمانية، ثم ثمانية، ثمانية، ثم يتلوم له بستة، أو خمسة عشر يومًا، ثم ثمانية، ثم أربعة، ثم يتلوم له تتمة ثلاثين يومًا، أو يضرب له أجلاً قاطعًا من ثلاثين يومًا يدخل فيه التلوم والآجال كل ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا مع حضور بينة في البلد، وإن كانت غائبة عن البلد فأكثر من ذلك على ما تضمنه هذا السماع من اجتهاد الحاكم، قلت: ذكر ابن فتوح نحو هذا، وقال بتفريق الآجال جرى العمل، وعليه ثبتت السجلات، وليس يضرب لمن ذهب لاستدفاع يمين واجبة عليه مثل الآجال المذكورة، وإنما يؤجل في ذلك إذا زعم أن عنده ما يدفع عنه اليمين الأجل القريب ثلاثة ونحوها؛ لأن قوله هذا محمول على اللدد، والآجال في الديون والحقوق دونها في الخصام في العقار والأصول، وتختلف الآجال في الأصول باختلاف أحوال المضروب لهم.

اللخمي: ويقدم القاضي الخصوم الأول فالأول، إلا المسافر أو ما يخشى فوته، وإن تعذر معرفة الأول؛ كتب أسماؤهم في بطائق، وخلطت، فمن يخرج اسمه؛ بدئ به، وذلك كالقرعة بينهم.

وزاد المازري: إذا وجب تبدئة الأسبق، فقال أصحاب الشافعي: إنما يقدم الأسبق في خصام واحد لا في سائر مطالبه، وهذا مما ينظر فيه إن سبق بخصمين؛ قدم في خصومته فيهما معًا، وإن كان مما لا يطول، ولا يضر بالجماعة الذين بعده.

قُلتُ: ظاهره: أن هذا غير مخصوص لأصحابنا.

وفي النوادر عن أَصْبَغ: إذا قضى بين الخصمين في أمر اختصما فيه، ثم أخذا في حجة أخرى في خصومة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما؛ لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر فيه لمن حضره؛ فلا بأس أن يسمع منهما.

الشَّيخ عن سَحنون: الغرباء وأهل المصر سواء إلا أن يقدم الغرباء باجتهاده فيما لا يدخل على أهل المصر ضرر، وقاله أشهب، وزاد: وأرى أن يبدأ بالغرباء كل يوم ما لم يكثروا، فلا يبدأ بهم.

ابن حبيب عن الأخوين: من شأن القضاة تقديم الغرباء، وتعجيل سراحهم.

قال سَحنون: ولا يقدم رجل؛ لفضل منزلته وسلطانه.

ولابن سَحنون عنه: إن كثروا؛ كتب أسماؤهم في بطائق أو غيرها، ثم ألقوها، ثم يدعو بهم على ذلك.

سَحنون: ويقدم النساء على حدة، والرجال على حدة.

أشهب: إن رأى أن يبدأ بالنساء في كل يوم أو بالرجال؛ فذلك له على اجتهاده؛ إما لكثرة الرجال على النساء، أو لكثرتهن على الرجال، ولا يقدم الرجال والنساء مختلطين، وإن رأى أن يجعل للنساء يومًا معلومًا أو يومين؛ فعل.

ابن عبد الحكم: أحب أن يفرد للنساء يومًا، وإن احتاج لكشف وجه امرأة؛ لتعرف، أو ليشهد شهودًا عليها؛ كشفه بين أيدي العدول، ويأمر بتنحية غيرهم، ويفرق بين الرجال والنساء في المجالس، ويجعل للنصارى يومًا أو وقتًا من بعض الأيام بقدر قلتهم وكثرتهم، يجلس لهم في غير المسجد.

المازري: إن كان الحكم بين رجل وامرأة؛ أبعد عن المرأة من لا خصام بينها وبينه من الرجال.

قُلتُ: وينبغي أن يبعد عنها خصمها، وفي إبعاده عنها أقصى ما يمكن أن يسمع كل منهما حجة صاحبه، وأقصى أو ما يسمع الحاكم منهما، ويذكر لكل منهما قول صاحبه نظر، والأول أقرب؛ لسرعة الحكم بينهما.

قال: وإن كانت شابة لها جمال، ويخاف إن تكلمت أدى سماع كلامها إلى شغف بها؛ أمرت أن توكل من ينوب عنها، وإن احتيج إلى أن يبعث إليها بدارها من تؤمن ناحيته لسنه ودينه وورعه من تكلف الحكومة في أمرها فعل، وقد حضرت العامريَّة فعل النبي ﷺ حتى أقرت بالزنا فرجمها، وقال في المرأة الأخرى: **«واغد يا أنيس على**

امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»[1] فلم يأمر بإحضارها.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: إن كان في أعوان القاضي ثقة؛ ولاه تقديم الخصومة إليه على منازلهم، فإن لم يكن؛ فهو نفسه.

قال ابن شاس: وكذلك يفعل المفتي والمدرس عند التزاحم.

قُلتُ: لا أعرف هذا نصًّا لأهل المذهب إنما قاله الغزالي في الوجيز، وتخريجهما على حكم تراجم الخصوم واضح، وكذا على سماع عيسى ابن القاسم: أحب في الصانع الخياط يدفع إليه الناس ثيابهم واحدًا بعد واحد أن يبدءوا بالأول فالأول، ولم أسمع فيه شيئًا، ولعله أن يكون واسعًا إن كان الشيء الخفيف الرقعة وأشباهها.

ابن رُشْد: جعل الاختيار تقديم الأول فالأول دون إيجاب عليه إن لم يجب عليه عمله في يوم بعينه، وكذا قال الأخوان: لا بأس أن يقدم الصانع من أحب ما لم يقصد مطلاً، وكذا يقولان في الرحى.

ولسَحنون: لا يقدم صاحب الرحى أحدًا على من أتى قبله إن كان سنة البلد الطحن على الدولة، وإن تحاكموا؛ قضى بينهم بسنة بلدهم، وليس قول سَحنون بخلاف لقول غيره؛ لأن العرف كالشرط.

قُلتُ: وجرت عادة مدرسي تونس في الأكثر تقديم قراءة التفسير على الحديث، وتقديم الحديث على الفقه.

وسمع ابن القاسم وقال: إشهاد الحاكم بحكمه يوجبه حقًّا للمحكوم له، ولو مات القاضي، أو عزل، أو مات المحكوم عليه أو له قبل حوز المحكوم؛ له ما حكم له به.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

المازري: ويكتب الحاكم لمن حكم له بما حكم به، وبكل حجة له من تعديل

---

(1) أخرجه البخاري: 12/121 في المحاربين، باب الاعتراف بالزنا، ومسلم: رقم (1697) و(1698) في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

وتجريح، وموجب حكمه؛ ليكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه، ويكتب بما حكم به لحاضر على غائب أبهم المكتوب له أو عينه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من ثبت حقه عند قاض؛ فله أن يكتب له بذلك كتابًا إلى أي قضاة الآفاق كان لا يسمي فيه قاضيًا بعينه، ولا بلدًا بعينه.

ابن رُشْد: هو كما قال: اتفاقًا.

قُلتُ: قال ابن المناصف: ما لم يحجر عليه الإمام ذلك حين توليته إياه.

ابن رُشْد: يقول: كتابي لمن ورد عليه من القضاة بأي بلد كان، فيجب على كل من ورد عليه القضاء به، وكذا إن كتب إلى قاضي موضع، فوجد ذلك القاضي مات أو عزل، وولي غيره؛ وجب عليه العمل به اتفاقًا، ولو كتب إلى قاضي بلد بعينه لظنه غريمه بذلك البلد، فألقاه ببلد آخر، فرفع الكتاب إلى قاضي ذلك البلد، فقال أَصْبَغ عن ابن القاسم: لا يعمل به، وقال أَصْبَغ: معناه: أنه لا يعرف بذلك البلد، ولو أثبت المدعي بينته في ذلك البلد أنه الرجل الذي حكم عليه القاضي الكاتب؛ أنفذه هذا.

ابن رُشْد: معنى قول أَصْبَغ: أن من تمام الصفة أن يقول فيه الساكن ببلد كذا، أو الملتزم في صنعة كذا: لا يوجد بذلك البلد، أو في تلك الصنعة بتلك الصفة، والنسبة والتسمية سواه، فيلزمه إذا رفع الكتاب إلى قاض بغير ذلك البلد، لم يدر أحد لعل صاحبه في بلد المكتوب إليه، فوجب أن لا يحكم له على من وافقت صفته من أصل بلده الصفة المذكورة في الكتاب حتى يثبت عنده أنه هو بعينه، وهو بين صحيح، وظاهر قول ابن القاسم: أنه لا ينظر له بحال؛ لأن الذي كتب إليه حي.

وفيها: إن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل، ووصل الكتاب لمن ولي بعده؛ أنفذه من وصل إليه، وإن كان إنما كتب إلى غيره أخذه منه غير واحد تعيين القاضي المكتوب إليه.

المازري: اختار بعض الشُيُوخ عدم تسمية المكتوب إليه؛ للخروج من الخلاف؛ لأن أبا حنيفة يقول: تعيينه يوجب عدم تنفيذ من ولي بعده ما كتب به للأول؛ لأنه جعل الكتب إلى المكتوب إليه؛ كالوكالة من الكاتب للمكتوب إليه، والوكيل إذا مات أو

عزل؛ لم يقم غيره مقامه، وزاد في آخر كتاب الرجم في المدَوَّنة: وكذا إن مات القاضي الكاتب أو عزل.

وسمع عيسى ابن القاسم: إذا كتب قاض بما ثبت عنده من حق في مال أو نسب أو إرث وشبه ذلك أيقول في كتبه: أتاني فلان ببينة عدلت عندي، وقبلت شهادتها، أو لا يسميها؟ قال: نعم هو قضاء القضاة.

العُتْبِيّ: قيل: ينبغي أن يسميها في الحكم على الغائب؛ ليتمكن من دفع شهادتهم.

ابن رُشْد: عدم تسميتهم في الكتاب صحيح؛ إذ لا نظر للمكتوب إليه في عدالتهم إلا أنه يجب عليه أن يضع أسماءهم في ديوانه؛ إذ من حق المحكوم عليه إذا قضى عليه المكتوب إليه أن يذهب للقاضي الكاتب، فيعذر إليه في البينة التي ثبت عنده بها ذلك الحق الذي خاطب به إن جرحهم، وأبطل شهادتهم رجع فيما حكم به عليه هذا إن لم يثبت عنده ما خاطب به في عقد، فإن ثبت ذلك عنده في عقد؛ فالحكم أن يدرج إليه ذلك العقد في كتابه، وبه جرى العمل، فيأخذه المحكوم عليه أو نسخته يذهب به للقاضي الكاتب؛ ليطلب البينة عن نفسه فيما حكم به عليه.

وقول العُتْبِيّ: قيل: ينبغي أن يسمي إلى آخر قوله: وقع في بعض الروايات، وسياقته في هذه المسألة غلط؛ إذ ليس فيها أن البينة لا تسمى في الحكم على الغائب؛ لأن كتب القاضي إلى قاض بما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب، وهي مسألة أخرى، والحكم فيها ما ذكرته بلا خلاف، والحكم على الغائب لا بد من تسمية البينة فيه على القول بإرجاء الحِجة له؛ ليتمكن من الطعن في البينة، وهو مشهور المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته، فإن لم يسم البينة فيه؛ فسخت القضيَّة، قاله أَصْبَغ، وهو صحيح على أن الحجة ترجى له، والحكم على الحاضر لا يفتقر لتسمية البينة فيه؛ إذ قد أعذر فيها للمحكوم عليه، وتسميتهم أحسن، قاله أَصْبَغ، وبه مضى العمل.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: الذي عليه الحكام تسمية البينة هذا في الحاضر، وأما الغائب والصغير؛ فلا بد من تسميتها.

ولسَحنون في المجموعة: أن تسميتها في الحكم على الغائب لا يلزم، وإن كان أحسن، وقوله هذا إنما يأتي على قول ابن الماجِشُون: إن الغائب لا ترجى له حجة، ولا مخرج له فيما حكم به عليه بجرحة البينة إلا أن يكون الشهود نصارى أو عبيد أو مولى عليهم.

وعن سَحنون: ترك تسمية الشهود في الحكم على الغائب أفضل؛ لأنه قد يحكم بشهادتهم، وهم عدول، ثم يحدث فيهم أحوال صحيَّة توجب جرحتهم، فإذا عزل ذلك القاضي، أو مات؛ ادعى المحكوم عليه أن القاضي جار عليه، وقيل: غير عدول، وهذا على أن الغائب لا ترجى له حجة واستحسان.

أَصْبَغ: الذي جرى به العمل من تسمية الشهود في الحكم على الحاضر معناه على القول بأنه يعجز، ولا تسمع منه بينة بعد الحكم مراعاة للقول بأنه لا يعجز ولا يسمع منه ما يأتي به من بينة لم يعلم بها نحو قول مالك فيمن عرف خطه في الكتاب، ولم يذكر الشهادة أنه يؤديها ولا تنفع، وعلى القول: كل بينته تسمع بعد الحكم عليه؛ فلا بد من تسمية البينة.

المازري: إذا كتب القاضي بما ثبت عنده من شهادة البينة اتفاقًا، ثم قال: إن لم يسمهم، وأبرم القضيَّة، والحكم على الغائب؛ فالمشهور عدم نفوذ حكمه، ووقع في المذهب رواية بنفوذه، وهي مطرحة عند القضاة المالكيَّة.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا أعرف من قضاء أحد أنه كتب إلى قاض تسميته من يجرح عنده، ولا سمعت به.

ابن رُشْد: معناه: أنه ليس للقاضي أن يكتب في حكمه على الغائب إذا خاطب به قاضي موضعه، وقد شهدت له بينة، فجرحت مثل أن يثبت رجل دينارًا على رجل ميت أحد ورثته غائب، فقال الحاضر: قضاه الميت حقه، وأقام على ذلك بينة، فجرحها المدعي، فقضى له القاضي بحقه بعد يمينه أنه ما قضاه، ويكتب له إلى موضع الوارث الغائب بتسمية من يجرح عنده من الشهود إن كانوا جرحوا عنده؛ لأن الشهود إذا جرحوا؛ لا يعمل فيهم التعديل؛ لأن شهادة الجرح أعمل، وإذا عزل الشهود؛ أعمل

فيهم الجرح؛ فلذا يجب كتب أسماء الذين عدلوا، ويجب كتب أسماء المجرحين لهم؛ لأنه بتسميتهم يجد سبيلاً إلى تجريحهم، فيسقط الجرحة عن شهوده.

ولابن محرز عن ابن عبدوس: إن رد القاضي شهادة من شهدوا للمدعي بجرحة؛ ثبتت عنده ببينة، فليشهد للمدعى عليه بأنه رد شهادتهم، ولو أنها جهلهم، أو علم جرحتهم؛ فلم يحكم بشهادتهم، فلمن جاء بعده النظر في شهادتهم، فإن صحوا؛ حكم بها.

وفيها مع سماع ابن القاسم: إن مات القاضي المكتوب له كتابًا من قاض آخر؛ فعلى من ولي بعده إنفاذ الكتاب.

ابن رُشْد: اتفاقًا إذا ثبت الكتاب عنده بشاهدين أنه كتابه، قاله ابن القاسم، وابن الماجِشُون، وقال أشهب: لا تجوز شهادتها أنه كتابه حتى يشهد أنه أشهدهما عليه، ولا يكفي فيه الشاهد الواحد، ولا الشهادة على أنه بخط القاضي، ولأن الختم ختمه، وهذا في الكتب التي تأتي من كورة لكورة، ومن مثل المدينة لمكة، وما جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها من كتاب بغير بينة قبله بمعرفة الخط، وبمعرفة الخط، وبالشاهد الواحد إذا لم يكن صاحب القضيَّة لقرب المسافة، واستدراك ما يخشى من التعدي، قاله ابن حبيب، وقاله ابن كنانة، وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب، وكان يعمل فيما مضى كتاب القاضي بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث اتهام الناس، فأحدثت الشهادة على كتاب الأقضية في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب الوصايا: أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته قلت: قال في كتاب الوصايا قوله: أمير المؤمنين وأهل بيته؛ يريد: به بني العباس، وقال في البخاري: أول من قال: البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله العنبري، والأصل أن قول القاضي به مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده، أو قضى به ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما لم يعزل فيما كتب به من ذلك إلى قاض غيره؛ وجب على المكتوب إليه تنفيذه؛ لأنه في كتبه بمعنى المخبر لا بمعنى الشاهد.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم في القاضي يشهد على قضائه وهو معزول أو غير معزول

ويرفعه إلى إمام غيره شهادته لا تقبل ولا يجوز ذلك القضاء إلا بشهيدين عليه غيره وقاله أَصْبَغ ابن رُشْد في هذه المسألة معنى حقي هو أن قول القاضي قبل عزله وهو على قضائه حكمت لفلان بكذا لا يصدق فيه إن كان بمعنى الشهادة مثل قول أحد المتخاصمين عند قاض حكم لي قاضي بلد كذا وكذا أو ثبت لي عنده كذا فيسأله البينة على ذلك فيأتيه من عنده بكتاب أني حكمت لفلان على فلان بكذا أو ثبت عندي له عليه كذا فهذا لا يجوز لأنه على هذا الوجه شاهد ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي فقال له خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي به عليه فخاطبه بذلك لجاز لأنه مخبر لا شاهد كما يجوز قوله وينفذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام ما دام على قضائه وللأخوين وأَصْبَغ في القضيَّة الواضحة ما يعارض هذا السماع وذكرناه في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: ذكر فيه ما نصه سماع أَصْبَغ هو معنى ما ذكر ابن حبيب عن الأخوين وابن وَهْب وأَصْبَغ من أن القاضي لا يمكن المشهود له من أن يعدل شهوده عند قاضي بلد من البلدان، فيكتب إليه بعدالتهم إلا أن يكتب هو إلى ذلك القاضي يسأله عنهم ذكر في أول ذلك الباب: أن القاضي إذا كتب بعدالة شاهد من أهل عمله للقاضي الذي شهد عنده الشاهد؛ جاز، وإن كان المشهود له سأله ذلك، فكتب له به ابتداء دون أن يكتب إليه القاضي الذي شهد عنده الشاهد يسأله عنه، وحكاه أيضًا عن الأخوين وأَصْبَغ، وهو بعيد، وإذا كتب إليه يسأله عمن شهد عنده؛ اكتفى في جوابه بمعرفة الخط دون البينة على الكتاب، قاله ابن حبيب ما لم يكن فيما سأله عنه، فكتب إليه فيه قضيَّة قاطعة، والقياس أن لا يكتفي في شيء من ذلك بمعرفة الخط إلا فيما قرب من أعراض المدينة، وفي نوازل سَحنون: لا يثبت كتاب قاض لقاض في الزنا إلا بأربعة شهداء على أنه كتابه كالشهادة على الزنا.

ابن رُشْد: هذا على رواية مُطَرِّف في الشهادة على الشهادة في الزنا: لا تجوز إلا بأربعة على كل واحد من الأربعة اجتمعوا على الشهادة على جميعهم أو افترقوا، وعلى قول ابن القاسم؛ يجوز أن يشهد على شهادته اثنان، وهو قول ابن الماجِشُون: يجوز في

كتاب القاضي في الزنا شاهدان، وهو القياس والنظر.

قال ابن رُشْد في أول مسألة من رسم جاع، فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب الشهادات بعد أن ذكر أن حكم الحاكم يثبت بالشاهد واليمين: لا يثبت كتاب القاضي بالشاهد واليمين اتفاقًا.

قُلتُ: وتحمل الشهادة على كتاب القاضي بقراءته على الشهود، وقراءتهم إياه عليه واضحة، وإلا ففيه خلاف.

الباجي: قال القاضي: اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتابًا مطويًا، وقال: اشهدوا علي بما فيه، أو كتب الحاكم كتابًا إلى حاكم وختمه، وأشهد الشهود به، ولم يقرأه عليهم، فقال الشهادة جائزة، وقال أيضًا: لا يشهدوا به إلا أن يقرأه عند تحمل الشهادة، واحتج إسماعيل القاضي للجواز بأنه ﷺ دفع كتابًا إلى عبد الله بن جحش، وأمر بأن يسير ليلتين، ثم يقرأ الكتاب تتبع ما فيه[1].

ابن الحاجب: لو قال: أشهدكما على أن ما في كتابي خطي أو حكمي فروايتان، ومثله لو أقر بمثله.

ابن عبد السلام: قوله: (ومثله لو أقر بمثله)؛ ظاهره: أن فيه الروايتين المذكورتين، والصحيح قبول هذه البينة، وإنما يحفظ الخلاف في المذهب بالكراهة في شهادة الشاهد، كذلك في الوصايا؛ لاحتمال أن يكون فيها جور، وحكى القاضي روايتين فيمن دفع لشهود كتابًا مطويًا، وقال: اشهدوا علي بما فيه، قلت: قوله: إنما الخلاف في شهادة الشاهد، كذلك في الوصايا يرد بمتقدم نقل القاضي الروايتين مطلقًا في الوصايا وغيرها، وما حكاه عن المذهب من الكراهة في الشهادة كذلك في الوصايا لا أعرفه، والمنصوص في أول كتاب الوصايا من المدَوَّنة.

وفي العتبيَّة: الجواز؛ وإنما أعرف المذهب الكراهة في ذلك لغير أهل المذهب.

(1) أخرجه البيهقي في الكبرى: 9/58، رقم: (17768) كتاب السير باب قسمة الغنيمة في دار الحرب.

قال ابن رُشْد في ثاني مسألة من رسم الأقضية من سماع القرينين في كتاب الوصايا: وذكر البخاري عن الحسن وأبي قلابة[1]: أنهما كرها أن يشهد على وصيَّة حتى يعلم ما فيها؛ لأنه لا يدري لعل فيها جورًا، وكذا يستحب للعالم إذا أشهده المتعاملان على أنفسهما في كتاب ذكر الحق فيما تعاملا فيه أن لا يكتب شهادته فيه إذا أشهداه على أنفسهما بما تضمنه، وأقرا عنده بمعرفة ما فيه حتى يقرأه؛ لئلا تكون المعاملة بينهما في ذلك فاسدة.

قُلتُ: فإنما عزا للمذهب الاستحباب مطلقًا لا في الوصايا ولا في غيرها، إلا أن يؤول بأن نقيض المستحب مكروه، وليس بصواب.

وقال المازري في الجواب الثاني عشر في أواخر كتاب الأقضية ما نصه: وأشار المتأخرون من الأشياخ إلى إكرام الشاهد إذا أريد منه اتباع خطه في وثيقة أن يقرأ موضع العقد في الوثيقة، أو يقرأ عليه حتى يحقق ما شهد به؛ لئلا تشتمل الوثيقة على ما لا تجوز الشهادة به.

قُلتُ: فهذا، وإن خالف ما تقدم لابن رُشْد؛ لم يفرق فيه بين الوصايا وغيرها، وتمامه في فصل تحمل الشهادة.

وفيها مع غيرها: شرط المحكوم فيه بما في كتاب قاض كتب بموجب الحكم فيه اشتمال الكتاب على صفة خاصة، مميزة موصوفها عن غيره، مطابقة لصفة المحكوم فيه.

في اللقطة منها: إذا أتى رجل لقاض بكتاب من قاض يذكر فيه أن شهد عندي أن فلانًا صاحب كتابي هذا إليك ذهب منه عبد صفته كذا لحلاه ووصفه في الكتاب، وعند هذا القاضي آبق محبوس على هذه الصفة؛ فليقبل كتاب القاضي، والبينة التي شهدت فيه على الصفة، ويدفع إليه العبد.

---

(1) هو: أبو قلابة الجرمي عبد الله بن زيد البصري، روى عن أنس بن مالك، وعائشة، وابن عمر، ومالك بن الحويرث، وروى عنه يحيى بن أبي كثير، وأيوب، وخالد الحذاء، وعاصم الأحول، (ت: 104هـ).

وانظر ترجمته في: الجرح والتعديل لأبي حاتم: 5/57-58، تذكرة الحفاظ: 1/73.

وسمع عيسى ابن القاسم في الأقضية: إن كتب قاض لقاض في رجل بصفته واسمه وكسبه في حق عليه، فيجد القاضي رجلين في ذلك البلد متفقين في الاسم والصفة أيأخذ صاحب الكتاب من ذكر أنه منهم؟ قال: لا خيار له، ولا شيء حتى يثبت أنه أحدهم، أو لا يكون في ذلك البلد غيره كذلك، فحينئذ يستوجب عليه حقه إلا أن يكون له حجة.

ابن رُشْد: هو كما قال اتفاقًا، فإن سأل ممن ادعي عليه منهم أنه هو حميلاً حتى يأتي بالبينة.

فقال ابن القاسم في المدنيَّة: لا يقضي عليه بحميل.

وقال الأخوان وأَصْبَغ: تعدى عليه به إن لم تؤمن غيبته، ولم يكن من أهل الوفاء والملاء، وإن وجد بالبلد رجل واحد على تلك الصفة؛ كشف القاضي عن الأمر، فإن لم يذكر بالبلد غيره على تلك الصفة؛ أعداه عليه، وإن وجد به سواه؛ لم يكن له على واحد منهما سبيل إلا أن يثبت على أحدهما أنه هو، وإن ترك القاضي ما يؤمر به من الكشف عن ذلك، فقيل: لا يؤخذ بالحق حتى يثبت الطالب أن ليس بالبلد من هو على تلك الصفة سواه، وهو دليل سماع زونان ابن وَهْب، والشهادة في هذا لا تكون إلا على العلم، وقيل: يؤخذ به إلا أن يثبت هو أن بالبلد من هو على تلك الصفة، وهو ظاهر قول أشهب في سماع زونان، ورواية عيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة، ويأتي هناك بقيَّة الكلام.

قُلتُ: الأول بناء: على المتمسك باستصحاب حال ما ثبت حتى يثبت رافعه؛ لأن الأصل عدم توجه الطلب على المدعى عليه أنه المكتوب فيه، والثاني: بناء على التمسك بأن الأصل عدم الاشتراك، واستصحاب حال العدم في مماثله؛ لأن الأصل في المحدثات العدم، وما وجد به من بقيَّة الكلام هو قوله في سماع زونان قول ابن وَهْب: أن القاضي يكتب للطالب بما أثبت عنده من صفة عبده الآبق، كما له يكتب له في الدين له على الغائب باسمه ونسبه وصفته، والشهادة بذلك على الصفة؛ كالشهادة على العين يحكم بها المكتوب إليه هو قول مالك وكل أصحابه إلا ابن كنانة فإنه في المدنيَّة لم يجز في

شيء من ذلك الشهادة على الصفة، وأجازها ابن دينار في الدين دون الآبق، والفرق عنده بينهما أن الآبق لا يعرف موضعه، ومن تمام الصفة ذكر الموضع؛ ليستبحث هل في ذلك الموضع على تلك الصفة سواه أم لا؟ ولا تتم الشهادة حتى يقولوا: أنهم يعرفونه في يديه ملكًا له لم يزل ملكه عنه في علمهم حتى أنشده آبقًا، ثم يحلفه القاضي أنه ما باع، ولا وهب، ولا تصدق، ثم يكتب له كتابًا باستحقاقه العبد صفته كذا وكذا، فإن لم يكن حلفه؛ لم يقض له به المكتوب إليه حتى يكتب لقاضي بلده، فيحلفه ويأتيه بذلك كتابه، فإذا وصل بالكتاب لقاضي الموضع الذي به العبد، فإن وجده قد حبسه بها ثبت عنده أنه آبق أو غير محبوس، إلا أنه يقر بالإباق، وينكر أن مدعيه سيده، ولا يسمي سيدًا؛ فلا خلاف أن القاضي يحكم له به، ويدفعه له على قول من يجيز الشهادة على الصفة، وعلى قول من لا يجيزها؛ لأنه لو ادعاه ووصفه دون بينة؛ لأعطاه إياه بعد التلوم واليمين؛ لأنه كلقطة، وعلى ما في الآبق من المدَوَّنة في الأمتعة المسروقة.

وإن قال العبد: أنا لفلان رجل غير مدعيه حاضر أو غائب، فإن قال الحاضر: لا حق لي فيه؛ دفع لطالبه، وإن ادعاه طلب بالبينة إن أتى بها؛ كان أحق به، وإن لم يأت ببينة؛ قضي به للطالب، وإن كان غائبًا؛ كتب السلطان لذلك الموضع، فإن كان كما قال، وإلا أسلم إليه العبد، وإن أقر العبد للذي لحقه أنه عبده، وادعى عليه أنه أعتقه، فكما قال في السماع: إن كانت له بينة بحريته؛ أعتقه، وأبطل كتاب المستحق، وإلا دفع إليه عبده، وإن ادعى الحريَّ.

فقال في السماع: إن المكتوب إليه الذي هو بين ظهرانيه ينظر له في حجته وبينته، ولا يلجئه لغيره، ووجه العمل في ذلك أن ينظر، فإن كان واقعًا بالبلد، ليس من أهله معروفًا بالحريَّة من أصله، وليس في البلد من يشبهه في صفته وجنسه واسمه؛ سئل المخرج مما كتب عليه من رق هذا، فإن أتى بمخرج بأن يثبت أنه حر من حر من أصله، أو أنه أعتقه من كان له ملكًا؛ بطل عنه الكتاب، وإن لم يأت بشيء؛ دفع إلى هذا عبدًا إلا أن يكون في البلد من يشبهه في صفته وجنسه واسمه؛ فلا ينتفع بالكتاب حتى تشهد البينة أنه هو بعينه، ومثل هذا حكى ابن حبيب عن مُطَرِّف وأَصْبَغ خلاف قول ابن

القاسم؛ لأن قوله ما حكاه الفضل أن الشهادة على الصفة لا تتم إلا بذكر الموضع، والآبق لا يعرف له موضع، وقوله: إن المكتوب إليه يكشف هل في ذلك البلد من هو على تلك الصفة، والاسم سواه في الآبق، والدين صحيح لا اختلاف في أمره يفعل هذا كما يؤمر بالسؤال والكشف عن أحوال الشهود عنده، فإن لم يفعل؛ كان على المشهود له عنده أن يعدل عند شهوده الذين شهدوا له، فإن لم يكشف هو عن ذلك، فذكر ما تقدم من قولي أشهب مع ابن القاسم وابن وَهْب.

وقول ابن شاس: إن كان أحد المشتركين في الصفة قد مات؛ لم يستحق عليه الحي منهما ما في الكتاب حتى تشهد البينة أنه الذي استحق عليه إلا أن يطول زمان الميت، ويعلم أنه ليس المراد بالشهادة لبعده، فيلزم الحي صواب، وكذا نقلته من ذلك البلد لآخر قال: ويثبت أنه حكم القاضي بالمشافهة، كما إذا كانا قاضيين لبلدة واحدة، أو يتناديا من طرفي ولايتهما؛ فهو أقوى من الشهادة.

وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام، وابن هارون، ولا أعرف من جزم به من أهل المذهب؛ وإنما تبعا في ذلك الغزالي، قال في الوجيز: ولو شافه القاضي الآخر؛ لم يكشف؛ لأن السامع أو المسمع لا به، وأن يكون في غير محل ولايته؛ فلا يصح سماعه ولا إسماعه إلا إذا جوزنا قاضيين ببلدة واحدة، أو تناديا من طرفي ولايتهما؛ فذلك أقوى من الشهادة، وتقدم تعقب هذا بأنه لا يجوز لفقيه عزو منصوص أقوال مذهب لمذهب آخر إلا ببيان إجرائها على أصول المذهب المعزو إليه، كما يفعله المازري في غيرما مسألة، وقال في هذه المسألة ما نصه: لا شك أن ذكر القاضي ثبوت شهادة عنده على غائب ليس بقضيَّة محضة، ولا نقل محض؛ بل هو مثبوت بالأمرين؛ فينظر أولهما به، ولا يتفرع على هذا أن قاضيين لو قضيا بمدينة على أن كل واحد منهما ينفذ ما ثبت عنده، فأخبر أحدهما الآخر أنه ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد، وقضى ثبوتها فإن قلنا: إنه كنقل شهادة؛ فلا يكتفي بهذا القاضي المخاطب بأنهم شهدوا عند الآخر؛ لأن المنقول عنهم حضور، وإن قلنا: إنهم كقضيَّة؛ فالقاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول، وهذا قد يقال فيه أيضًا: إذا جعلنا قول القاضي واحدًا، وإن كان كالنقل تكتفي

به لحرمة القضاء، فكذا يصح نقله، وإن كان من نقل عنه حاضرًا، وهذا مما ينظر فيه.

فإن قلت: مقتضى قول المازري: وإن قلنا: إنه كقضيَّة؛ فالقاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول يصحح ما نقله ابن شاس عن المذهب.

قُلتُ: لا دلالة فيه على صحة ذلك؛ لأنه إنما ذكره على تقدير تولية قاضيين بموضع واحد، وقد تقرر أن لزوميَّة الشيء الشيء لا تدل على صحة الملزوم، وقد تقدم في شرط وحدة القاضي ما يدل على أن مقتضى المذهب شرط وحدته وجدته، فتذكره وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس لو كان المسمع في غير محل ولايته؛ لم يسمع واضح عزوه للمذهب؛ لأن حلوله بغير محل ولايته؛ يسقط حكم ولايته، فصار قوله ذلك كقوله بعد عزلته.

ابن سهل عن ابن عبد الحكم: إن حج قاض، فحل بغير محل ولايته؛ فليس له أن يسمع فيه بينة على من في عمله، ولا ينظر في بينة أحد، ولا أن يكتب بما شهد عنده إلى قاض آخر، ولا أن يشهد على كتابه بذلك إلى أحد، وله أن يسأل عن حال بينة؛ شهدت عنده.

وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب عن أَصْبَغ: أن يبعث الإمام القاضي لبعض الأمصار في شيء من أمر العامة فحل به؛ فله أن يسمع فيه بينة بحق على غائب في عمله، ويسأل من قام بها تعديلها، وله أن يسأل قاضي ذلك المصر عنهم، ويجتزي بما أخبر به من عدالتهم؛ لأنهم من عمله، ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصر للمخاطبة عنده، وما يختصمان فيه في بلد القاضي الغائب عن نظره؛ لم ينظر بينهما إلا أن يتراضيا عليه؛ كتراضيهما بمن يحكم بينهما، وبعض جواب أَصْبَغ بخلاف ما تقدم لابن عبد الحكم، وسألت ابن عتاب عن قاض جعل بغير بلده، وقد ثبت عنده ببلده حق لرجل، فطلب منه أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب قال: لا يجوز له ذلك، فإن فعل؛ بطل خطابه، ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ، قلت له: فإن كان الحق الثابت عنده ببلده على من هو بموضع اختلاله، فأعلم قاضي الموضع بذلك مشافهة بما ثبت عنده؛ أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله، قلت: وما في الفرق؟ قال: هو في إخباره هنا بما كان

ثبت عنده طالب فضول ما ادعاه لذلك، قلت: ما يمنع من إخباره به، ويشهد عنده بذلك، وينفذه كما يشهد بما يجري في مجلسه من إقرار وإنكار ويقضي به، قال: ليس مثله، ولكن إن أشهد هذا القاضي المخبر بذلك شاهدين في منزله، وشهدا بذلك عند قاضي ذلك الموضع؛ نفذ وجاز.

قال ابن سهل: رأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المجتاز بذلك البلد قاضي البلد، وينفذ ويرونه كمخاطبته إياه.

قُلتُ: ففي لغو مخاطبة قاض حل بغير محل ولايته يكتب لآخر بما ثبت عنده في محله، ولغو سماعه به بينة على من في عمله وصحتهما ثالثها: إن دفع كتبه؛ لم يبعد أن ينفذ، لابن عبد الحَكم مع أول جواب ابن عتاب، ولابن حبيب عن أَصْبَغ، ولثاني جواب ابن عتاب، وفي لغو مشافهته بذلك في غير محل قاضيه وأعماله جواب ابن عتاب قائلاً: لو أشهد على نفسه بذلك في غير محله بينة؛ شهدت به عند قاضي ذلك الموضع وجب إنفاذه، وسماع ابن سهل: فتوى أهل طليطلة بجوازه، وإنفاذه كمخاطبته بذلك.

المازري: إن طلب من في ولاية قاضي قاضيه، وهو بغير محل ولايته أن يكشف له عن عدالة بينة له هي بمحل ولاية قاضيه؛ جاز ذلك، وإن سأله التسجيل له بذلك؛ لم يجز، وإن سأله سمَاع بينة له فقط، ففي جوازه قولا أَصْبَغ، وابن عبد الحَكم قائلاً: لو كتب قاضي مكة لقاضي مصر، ثم ورد قاضي مصر مكة؛ لم يكن له أن يسمع البينة على كتاب قاضي مكة الذي كتبه له، وهو بمصر.

قال ابن الحاجب: ولو كان السامع؛ فهي شهادة؛ يريد: حل في غير محل ولايته.

ابن عبد السلام: ظاهره: لو طلب منه أن يروي ما سمعه من هذا القاضي لقاض ثالث؛ كان له ذلك، فيحكم بقوله مع يمين الطالب أو مع شاهد آخر، وفي هذا الأصل قولان هل يكتفي في الشهادة بذلك، أو لابد من السماع من القاضي؟

قوله: اشهد علي بكذا، ولو قيل: لا يشهد في هذه الصورة من غير خلاف؛ لما كان بعيدًا؛ فإنما ذلك الخلاف إنما هو إذا أشهد القاضي شهيدين على نفسه، وحضر مجلسه اثنان غيرهما، فهل لهذين أن يشهدا بما أشهد به الأولين؟ في ذلك قولان، وفي هذه

الصورة لم يقصد القاضي المسمع الإشهاد بوجه؛ إنما قصد إعلام قاض آخر مشافهة، ولم يتم الحكم بها، فتأمل.

قُلتُ: قوله في هذا الأصل قولان؛ يرده بأن القولين إنما هما في كتاب القاضي حسبما تقدم لابن رُشْد، والقول أشد من الكتاب؛ لأن من طلق زوجته نطقًا؛ لزومه من غير توقفه على شيء، ولو كتب به؛ لم يلزمه بمجرد كتبه حتى يخرجه عازمًا حسبما تقدم، ولو سلم كونه مثله؛ لكان قرينة إسماعه ذلك كقوله: اشهد علي، وقوله: ولو قيل في هذه الصورة: لا يشهد من غير خلاف إلى آخره؛ يرد بأن الشاهد من السامعين لم يقصد إسماعهما بوجه، والقاضي السامع قصد القاضي الذي أسمعه إسماعه قطعًا، وقوله: إن القاضي المسمع؛ إنما قصد إعلام قاض آخر مشافهة، ولم يتم الحكم؛ يرد بأنه إنما لم يتم الحكم بها من حيث استقلال سماعهما، ولا يلزم منه عدم الحكم بها مع انضمام شاهد آخر بها، وثبوت حكم الحاكم بشاهد ويمين، يأتي إن شاء الله تعالى في فصله.

وقول ابن الحاجب: لو اقتصر الأول على سماع البينة، وأشهد بذلك؛ وجب على المنتهي إليه الإتمام، هو نقل ابن رُشْد في سماع ابن القاسم: يجب على المكتوب إليه أو من ولي بعده أن يصل بنظره بما ثبت عند الكاتب، إن كتب بثبوت شهادتهم فقط؛ لم يأمر بإعادة شهادتهم، ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم أعذر للمشهود عليه، وإن كتبه بأنه أعذر له، فعجز عن الدفع؛ أمضى الحكم عليه.

قُلتُ: ظاهر قوله: يبني على قبوله إياهم أنه يبني عليه مطلقًا، ولو كان مذهب الكاتب حمل المستور الحال على العدالة، ومذهب المكتوب إليه حمله على غير العدالة، وفي هذا الأصل اختلاف.

قال ابن المناصف: لو كتب قاض بحكمه بشيء فيه اختلاف، ورأي المكتوب إليه فيه بخلاف حكم الحاكم الذي كتب به؛ ففي وجوب إنفاذه إياه قول أشهب في المجموعة، وقول سَحنون: لا ينبغي له أن يجيزه، ولا أن ينفذه.

قُلتُ: فهم الخلاف من هذا اللفظ واضح، وفي فهمه من لفظ النوادر إشكال فيها ما نصه: قال أشهب في المجموعة: إن كتب قاض لقاض بأمر فيه اختلاف، والمكتوب

إليه لا يرى ذلك الرأي، فإن كتب له أنه حكم بها في كتابه وأنفذه؛ جاز وأنفذه هذا، وإن لم يكن؛ قطع بحكم، إنما كتب بها ثبت عنده للخصم، فلا يعمل هذا برأي الذي كتب، وليعمل فيه برأيه.

وقال سَحنون: إن كتب إليه برأيه، فرأى خلافه؛ فلا ينفذه؛ لأن ذلك لم ينفذ شيئًا يقتضي أن عدم إثبات الثاني إنما هو فيما لم ينفذه الأول، وقول أشهب إنما هو فيما أنفذه الأول، فلا يكون خلافًا لقول سَحنون.

قال ابن عبد السلام: ولا يكون قول القاضي ثبت عندي كذا حكمًا منه بمقتضى ما ثبت عنده، فإن ذلك أعم منه، وإنما أوجب هذا البيان أن بعض من ينتمي إلى علم الأصول من أهل القيروان غلط في ذلك، فألف الإمام المازري جزءًا في الرد عليه، وجلب فيه نصوص المذهب، والمسألة جليَّة لا تحتاج إلى بيان.

قُلتُ: نقلت للشيخ حين قراءة هذه المسألة قول المازري: اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسمية بينة ثبتت عدالتها عنده هل ذلك كنقل شهادة عن شهادة، أو كالقضيَّة المنفذة؟ فمن رآه كالقضيَّة المنفذة تناقض في تفريقه بين أن يحكم القاضي، أو يسمع بينة عليه، ويحكم بثبوتها عنده؛ لأن حكمها بثبوتها عنده يمنع القاضي الآخر من الاجتهاد في ثبوتها، وكذا من أجرى ذلك مجرى نقل الشهادة عن الشهادة تناقض؛ لأن القاضي واحد، وإذا كان قوله: ثبت عندي بشهادة فلان وفلان نقلاً، فنقل واحد شهادة شهود لا يعول عليه؛ لكنهم جعلوا حرمة القضاء ومنصبه يصير القاضي، وإن كان واحدًا كالاثنين نقلاً؛ لأن له تنفيذ ما شهد عنده، فينفذ ما قضى، وإن كان هو واحدًا، وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده بخلاف ناقل عن شهود ليس له أن يقضي بشهادتهم، ولا شك أن ذكر القاضي بثبوت شهادة عنده على غائب ليس بقضيَّة محضة، ولا نقل محض؛ بل هو مشوب بالأمرين، فينظر أولاهما به، فيسند إليه: فقال لي: نقلك عن المازري: أن قول القاضي ثبت عندي أنه كالقضيَّة المنفذة عند بعضهم؛ بعيد، فإنه ألف جزءًا خطأ فيه من زعم أن قول القاضي: ثبت عندي حكم، فوقفته بعد انقضاء مجلس الدرس على قول المازري المتقدم، فدخل منزله، وأخرج إلي الجزء الذي ذكره

المازري، وأنا أذكر لبابه مختصرًا، فإنه يفيهق فيه بخطابات أدبيَّة لا تحتاج لذكرها هنا، قال: حدث سؤال أفتيت فيه أنا وجميع من يستفتى بالمهديَّة بجواب واحد، وعلى أن ما خالفه باطل فاسد، فطعن بعض من نشأ هنا ممن ينسب للفقه أنه خفي شأنه، وأخمل زمانه، فأراد أن يعلم إخوانه بمخالفته إيانا محله ومكانه، ولا بد من ذكر السؤال بنصه، وإيضاح مكنونه وكشفه، وهو أن بعض القضاة أنفذ كتابًا لقاض ذكر فيه: وثبت لدي أن فلانًا وفلانًا اشتريا من فلان في عقد واحد كذا وكذا سهما بثمن سماه، ثم ذكر بعد ذكر هذا: وما يتعلق به، فسألني الحامل لهذا الكتاب إنهاء جميع ذلك للقاضي ليفعل فيه موجبه، فاتفق رأي الجماعة الذي استرشدوا فيه على أنه لا يوجب نقل ملك البائع، فتتعلق به الأحكام التابعة لنقل الملك من الشفعة وغيرها، وعن تعلق الشفعة، وقع الكلام والدليل على أن هذا الكتاب لا يوجب على الشريك أخذ الشفعة أو تركها؛ أنه لا تجب إلا بعد انتقال الملك؛ لأن بيع الخيار لا تجب فيه الشفعة ما لم يبت، والملك قد انتقل فيه على أحد القولين عندنا، والملك لا يثبت انتقاله إلا إذا اعترف به المتعاقدان، أو حكم به عليهما عند الإنكار، وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع، ولا صرح من بعثه بأنه حكم بالبيع وقضى به؛ بل أورد لفظًا محتملاً للحكم، ولما سواه، ولا تلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا يختلف فيه أحد من ذوي الأفهام، واللفظ الذي أشرنا إليه بالاحتمال هو قول القاضي: وثبت عندي أن فلانًا اشترى من فلان، وقوله: ثبت عندي لفظ يتردد بين ثبوت حكم وقضيته، وبين استماع لما أثبته من بينة زكيَّة دون اتباع حكم، وإبرام قضيَّة. فإن تعسف متعسف، ورأى أن الثبوت نص في القضايا والأحكام؛ قيل له: إنما يتحاكم في هذا لأهل اللسان وأرباب البيان، ووجدنا أهل اللسان يقولون: ثبت عندنا موت الخليفة، وخصب أرض كذا، وثبت عندنا ظلم فلان وعداوته إلى غير ذلك مما علموه بالخبر عنه، وتلقوه بالقبول من أفواه العدول مما لا يصح أن ينتصب له الحكام، وتطلب فيه القضايا والأحكام، وعلة الأمر أن المعنى بالثبوت لغة حصول الأمر وتحققه، ولهذا حد بعض المتكلمين العلم بأنه إثبات المعلوم على ما هو به، وإن كان هذا الحد مرغوبًا عنه عندنا، والروايات

مسطورة بصحة ما قلناه.

قال أشهب: إذا كتب قاض إلى قاض بأمر مختلف فيه، والمكتوب إليه لا يرى ذلك الرأي، فإن كتب إليه أنه حكم بها في كتابه وأنفذه؛ جاز ذلك وأنفذه هذا، وإن لم يكن قطع فيه الحكم، وإنما ينبغي له أن يعمل برأي الكاتب، ومثله لابن حبيب عن الأخوين.

وفي الموازيَّة: يجب إنفاذ ما في كتاب القاضي إن كان فيه أني قضيت لفلان على فلان، وإن لم يكن في الكتاب الفراغ من الحكم؛ فعلى المكتوب إليه أن يتم الحكم، ولا يستأنفه كتب بها ثبت عنده للخصم؛ فلا.

قُلتُ: مسألة النزاع بين المازري ومنازعه مبنيَّة على تحقيق أمرين: أحدهما: أن فاعل ثبت في كتب القاضي لقاض آخر بلفظ ثبت كذا عندي هل هي بمنزلة المقضي به عنده أم لا؟ والحق أنه يختلف فيه على قولين: الأول: أنه ليس كالمقضي به، وظاهر قول ابن رُشْد حيث قال فيما قدمناه عنه في مسألة تسمية القاضي في كتابه: من شهد عنده ما نصه؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب، والثاني: أنه كالمقضي به، وهو ظاهر فهم ابن رُشْد المذهب حيث قال: إن كتب بثبوت شهادة البينة فقط؛ لم يأمر بإعادة شهادتهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم إلى آخر كلامه المتقدم، ولفظ المازري الذي نقلناه عنه من شرح التلقين نص في أنه مختلف فيه بين العلماء، ولم يصرح فيه عن المذهب بشيء، ونقل الشَّيخ عن أشهب: يقتضي أنه ليس كالأمر المقضي به ،الأمر الثاني: هو أن مسمى اشترى هل يقتضي ثبوت ملك المشتري مفعول اشترى وهو المشترى أم لا؟ فالمازري ومن ذكر أنه وافقه على فتواه من فقهاء المهديَّة يقول: إنه لا يقتضي ملكه، وخصمه يقول: يقتضي ملكه، قلت: وهذا هو مقتضى ألفاظ المدَوَّنة عندي منها قوله الزكاة الأول: من اشترى بمال حل حوله، ولم يزكه خادمًا، فماتت؛ فعليه الزكاة.

وفي الجهاد: ومن اشترى من المغنم أم ولد رجل أو ابتاعها من حربي؛ فعلى سيدها أن يعطيه جميع ثمنها.

وفي كتاب الشفعة: من ابتاع شقصًا بثمن إلى أجل؛ فللشفيع أخذه ما أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إلى غير ذلك مما لا يعد كثرة، فعلى هذا منضمًا للقول إن ثبت كالمقضي به يكون الصواب فتوى منازع.

المازري: وإلا فلا، وبالجملة؛ فليس قول منازع المازري بالذي يحسن أن ينشد في الرد عليه قول المتنبي:

وليس يصح في الأفهام شيء ... إذا احتاج النهار إلى دليل

فإن المازري في الجزء المذكور أغلظ في الكلام على منازعه، وأنشد البيت المذكور ولا تباعة.

قال ابن عبد السلام: والمسألة جليلة لا تحتاج إلى بيان، ومن أنصف وحقق ما قلناه من لفظ المازري؛ علم أن نقل ابن عبد السلام عن منازع المازري أنه قال قول القاضي الكاتب: ثبت عندي كذا حكم منه بمقتضى ما ثبت عنده إنه ليس كذلك؛ لأن هذا اللفظ يقتضي أن منازع المازري بقول: قول القاضي الكاتب ثبت عندي شراء فلان نصف الديار الفلانيَّة المشتركة بين فلان وفلان، وملكه إياه حكم منه بالشفعة فيها؛ لأنه مقتضى ما ثبت عنده، وليس كذلك إنما زعم الحكم بثبوت الملك فقط حسبما تقدم فتأمله، ولما كانت نصوص الروايات واضحة بلغو ثبوت كتاب القاضي بمجرد الشهادة على خطه.

قال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتب القضاة في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاده على ذلك، ولا حاكم معروف، ولا يستطيع أحد فيما أظن على صرفهم عنه مع أني لا أعلم خلافًا في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه؛ بل قولهم القاضي يجد في ديوانه حكمًا بخطه، وهو لا يذكر أنه حكم به أنه لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان، وكذا إن وجده من ولي بعده، وثبت أنه خط الأول؛ فإنه لا يعمل به، ولا يتخرج القول بعمله بما يتيقنه من خطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد بتيقن خطه بالشهادة بالحق، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد إذا ما عمله هو

مقدور كسبه، والقاضي كان قادرًا على إشهاده على حكمه، ثم وجه عمل الناس بأن الخط الحاصل بأنه كتاب القاضي الباعث به حصوله بالشهادة على خطه منضمًا للشهود، وهو القول بجواز الشهادة على خط الغير حسبما تقدم في المذهب يوجب كون هذا الظن كالظن الناشئ عن ثبوته ببينة على أنه كتابه لضرورة دفع مشقة مجيء البينة مع الكتاب مع انتشار الخطة في بلد.

قُلتُ: فإن قيل: تدفع المشقة بإشهاد القاضي على كتابه بينة تشهد على خطها في بلد المكتوب إليه، كما يفعله كثير من أهل الزمان لنكتة تذكر بعد.

قُلتُ: ثبوته بالشهادة على خط القاضي أقوى من ثبوته بالشهادة على خط البينة بشهادتها على القاضي؛ لأن ثبوته بالشهادة على خط القاضي ما له توقفه على مجرد الشهادة على الخط، وثبوته بالشهادة على خط البينة ماله توقفه الشهادة على الخط مع شهادة البينة على القاضي، وما توقف على أمر واحد فقط أقوى مما يتوقف عليه مع غيره؛ لتطرق احتمال وهن ذلك الغير كاحتمال فسق البينة، أو رقها في نفس الأمر.

قال: وإذا ثبت وجه العمل بذلك، فإن ثبت خط القاضي ببينة عادلة عارفة بالخطوط؛ وجب العمل به، وإن لم تقم بينة بذلك، والقاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب إليه؛ فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه، وقبول سَحنون كتب أمناء بلا بينة يدل على ذلك، وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به؛ لأن ورود كتب القاضي عليه بذلك الحق؛ كقيام بينة عنده بذلك، فقبوله الكتاب بما عرف من خطه كقبوله بينة بما عرف من عدالتها، ويحتمل أن يقال: لا بد من الشهادة عنده على خطه.

قُلتُ: نحوه قول ابن سهل: إن أتى بخبر على شهيدي كتاب القاضي، وإن لم يكن تعديلاً بينًا، أو زكى أحدهما، أو توسم فيهما صلاح، وخطه وختمه يعرفه المكتوب إليه؛ استحسن إنفاذه لعمل صدر الأمة بإجازة الخاتم، ومنه: أن محمد بن شماخ قاضي غافق خاطب قاضي قرطبة محمد بن الليث بخطاب أدرج فيه كتاب عيسى بن عتبة فقيه مكناسة، وعقد استرعاء بملك بغل بعث فيه ثبت استحقاقه عند ابن عتبة على عين

البغل وعين مستحقه، وفي الكتاب ثبت عندي كتاب ابن عتبة يستحلف قاضي الحوف، ولم يسم من استحلفه، ولا ابن عتبة ولا أن ثبوته عنده كان على عين البغل ومستحقه، فأفتى ابن عتاب، وابن العطار وابن مالك بإعمال خطاب ابن شماخ؛ لفضله وعلمه، وإنما جرى بين يديه محمول على الكمال، ولعافية ابن عتبة، وفي اتفاقهم على هذا الجواب عجب وفيه من الضعف ما فيه، وكانوا يختلفون فيما هو أوضح من هذا.

ابن المناصف: ويجب على القاضي الذي ثبت عنده كتاب قاض إليه في حق تأخر الحكم فيه أن يشهد على نفسه بثبوت ذلك الكتاب عنده الذي قبله بمعرفته خطه؛ لأنه إن لم يفعل ذلك، واتفق أن مات، أو عزل، وقد مات الذي كتبه له أو عزل، وخلف مكان المكتوب له قاض آخر ألها صاحب الحق لإثبات ذلك الكتاب عنده بشهود على القاضي الذي كتبه في حين ولايته أنه كتابه؛ إذ لا يكتفى في ذلك بمعرفة سماع نطقه بذلك، والسماع منه ذلك؛ إنما يعتبر ما دام في ولايته، وأما بعد عزله؛ فلا لقولها مع غيرها: إن مات القاضي أو عزل، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها؛ لم ينظر فيها من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بينة، وإن قال المعزول: قد شهدت به البينة عندي؛ لم يقبل قوله، ولا يكون شاهدًا بذلك، وغلط في هذا النوع اليوم جماعة من الطلب، وجرى بيننا وبينهم فيه نزاع كثير؛ لأنهم حملوا ما وقع لمالك وغيره في قبول كتب القضاة ماتوا، أو عزلوا على إطلاقه، وتوهموا ذلك في مثل ما عهدوه، ووقع التساهل فيه من ترك إشهاد القضاة على كتبهم، والاجتزاء بمعرفة الخط.

قُلتُ: ونزلت هذه المسألة في عام خمسين وسبعمائة من هذا القرن الثامن وقت نزول الطاعون الأعظم أيام أمير المؤمنين أبي الحسن المريني في خطاب ورد من مدينة فاس لتونس، فوصل خطاب قاضي فاس، وقد تقرر علم موته بتونس، فطرح خطابه، فشكي من وصل به إلى أمير المؤمنين، فسأل إمامه ومفتيه شيخنا عبد الله السطي، وكان إمامًا حافظًا، فأفتى بإعمال خطابه، واحتج بنحو بما ذكره ابن المناصف عن من نازعه، فوقفه أصحابنا على كلام ابن المناصف هذا، فرجع إليه، وظهر أنه لم يكن له شهود.

قال ابن المناصف: وتجوز خطابات الإمام، وقضاة بعضهم لبعض، ولو ولي بعض

قضاة الإمام قضاه في عمله لبعد المحل عنه، صح مخاطبته إياهم، ومخاطبتهم إياه، ومخاطبة بعضهم بعضًا إن أذن لهم في ذلك، وإن قصرهم على مخاطبته؛ لم تج مخاطبه بعضهم بعضًا؛ لأنهم وكلاء، فلا يتعدوا ما حده لهم، ولا ينبغي أن يخاطبهم قاضي إقليم غير الذي ولاهم، ولا يخاطبونه هم إلا أن يكون ذلك بإذن من ولاهم، وإن كان تقديم القاضي قضاته بإذن الإمام الذي ولاه؛ جازت خطاباتهم مطلقًا فيما بينهم وبين غيرهم.

قُلتُ: للشيخ عن سَحنون في رجل من بعض كور تونس أراد أن يثبت بكورته حقًا له على رجل بمصر؛ ليكتب له به قاضي كورته قال: لا يكتب قضاة الكور إلى قضاة البلدان، وليكتب قاضي تونس إلى قاضي القيروان، فيكون هو الذي يكتب إلى قاضي مصر، ولا يجوز كتب ولاة الكور، وولاة المياه إلى قاضي بلد آخر، وأنكر ما روي عن مالك من ضرب ولاة المياه أجل المفقود؛ لأنه لا يكون إلا بعد الكتب إلى البلدان، وولاة المياه لا يجوز كتبهم إلى البلدان.

قُلتُ: فيقوم منه جواز كتبهم إلى البلدان، وشرط قبول خطاب القاضي صحة ولايته ممن تصح توليته وجه احترازًا من مخاطبة قضاة أهل الرجل كقاضي مسلمي بلسنيَّة وطرطوشة وقوصرة عندنا، ونحو ذلك.

قال ابن المناصف: وشأن قضّاة وقتنا رسم الخطاب أسفل وثيقة ذكر الحق، وقد يكون في ظهر الصحيفة، أو أحد عرضيها إن عجز أسفلها، وربما كان في ورقة ملصقة بالوثيقة إن تعذر الموضع، واستحب أن يبدأ باسم الله الرحمن الرحيم، واستخف قضاة زماننا ترك ذلك في صدور مخاطبات الوثائق، وأراه لاكتفائهم بالاستفتاح الواقع في صدر العقد، وإعادة ذلك أولى؛ لأنه ابتداء فصل غير الأول.

قُلتُ: وهذا كما ذكر هو عمل أكثر الناس في ابتداء كتب الوثائق؛ وذكر بعض المؤرخين أن وثيقة وقعت بيد بعض القضاة غير مصدرة ببسملة ولا تصلية، فطرحها وقال: أنى كتبت هذه أكتبت ببلد كذا، فعين بعض بلاد الكفر، فقيل له: إنها بخط ابن مجاهد، فرفعها وقبلها.

قال: وكيفية الكتب: أن يكتب أعلم بصحة الرسم المقيد فوق هذا على ما يجب الشَّيخ الفقيه الأجل أبا فلان بن فلان أدام الله توفيقه وتسديده وليه في الله تعالى، ومؤثره فلان بن فلان، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته؛ وذكره تأريخ المخاطبة أحسن وأحوط؛ لاحتمال كون القاضي الكاتب عزل، ولم يبلغه العلم بعزلته، فخطابه على القول بسقوط فعل الوكيل بنفس عزله ساقط، وعلى القول بعدم سقوطه عامل، ولأن البينة التي خاطب بقبولها، وثبوت الحق ما انتقلت أحوالهم بعد ذلك إلى جرحة لم تكن، فإذا تأخر العمل بذلك الخطاب، ثم أعذر لمن ثبت عليه ذلك الحق، ولم يكن بتاريخ أمكنه إبطاله بإثبات جرحة البينة الآن، ولا يمكنه ذلك مع ذكر التاريخ والسلامة وقت الأداء، والقبول في الجرحة الحادثة؛ وإنما قدموا في التخاطب مفعول أعلم، وهو اسم المكتوب إليه على الفاعل الكاتب يراد بالمكتوب إليه.

قُلتُ: الذي استقر عليه عمل القضاة بإفريقيَّة عدم تسمية القاضي المكتوب إليه، وغالب أمرهم إن كان الذي كتب الإعلام هو قاضي الجماعة بتونس؛ فإنه لا يكتب آخر خطابه، والسلام على من يقف عليه، ورحمة الله وبركاته، وإن كان الكاتب غيره كتب في إعلامه لفظ السلام إلى آخره، وذكر لي بعض من يوثق به أنه كان ورد خطاب من قاضي بجاية إلى تونس، والقاضي بها حينئذ أبو أسحاق بن عبد الرفيع، ولم يكن فيه لفظ السلام، فتوقف في قبوله.

قال ابن المناصف: وإن شاء جعل فعل الإعلام حالاً، وكتب أعلم بضم الهمزة وكسر اللام، ورفع آخر الفعل؛ ثم يقول بعد ذكر اسم المكتوب إليه: وكتب فلان بن فلان، وإن شاء كتب استقل العقد المقيد فوق، أو صح الرسم أو ثبت الحق، وما أشبهه مما يدل على هذا المعنى، فإن كان رسم الخطاب في ظهر الوثيقة كتب عند قوله بصحة العقد المكتوب بمقلوب هذا الرسم، أو في بطن هذا الصفح، وما أشبهه مما يدل على هذا المعنى، فإن كان في طرته؛ قال المرتسم: هذا في عوضه أو بطرته اليمنى، أو القيد خطابي هذا يمنة منه، ونحوه، فإن كان التقييد بورقة ملصقة بالعقد المخاطب عليه؛ فلابد أن يزيد في الخطاب البينة على ذلك الحق، فيقول بصحة العقد المرتسم في الورقة

العليا المتصلة بهذه المتضمن لفلان قبل فلان كذا، أو المتضمن توكيل فلان فلانًا على كذا، ونحوه مما يعين الحق المكتوب فيه خوف أن يلصق بورقة الخطاب ورقة بحق غير الحق الذي به وقع الخطاب، وإن اشتملت الوثيقة على عقود كثيرة؛ صح جميعها عنده نص على ذلك في خطاب واحد، فيقول: أعلمت الشَّيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحة الرسوم الثلاثة أو الأربعة المقيدة أو الرسمين المقيدين فوق كتابي هذا أو بمقلوبه، وإن صح بعضها دون جميعها؛ نبه على ما صح منها؛ إما بالمقيد أول هذا الصفح، أو الموالي لكتابي هذا، ويعينه تعيينًا يرفع الإشكال، فيذكر الحق بعينه، وإن لم يكن في العقد المخاطب عليه إلا شاهد واحد، أو كان فيه شهود؛ لم يقبل منهم إلا واحدًا خاطب فيه من غير أن يذكر صفح الرسم، وإلا استقل، ولا يثبت بمن يقول: أعلم الشَّيخ الفقيه أبا فلان بقبول شهادة فلان ابن فلان المسمى عقب ذكر الحق المقيد فوق هذا فيما شهد به من ذلك على ما يجب، وشبه هذه العبارة، وهذه إنما هو في الحقوق الماليَّة، فيحلف صاحبها مع الشاهد، ويستحق حقه.

وأما الوكالات والحدود: وما لا يثبت بشاهد ويمين؛ فليس للمخاطبة فيه على الشاهد الواحد وجه إلا إن رجا أن يضاف إليه في غير ذلك الموضع شاهد آخر، فإن أحلفه القاضي الكاتب، وثبتت يمينه عنده بشهيدي عدل كما يجب، خاطب القاضي: أعلم الشَّيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحة الرسم المقيد فوق هذا بشهادة فلان بن فلان، ويمين صاحبه على الحق المشهود له فلان على صحة ما شهد له به من ذلك وثبوته عندي، كما يجب بعد سؤاله الإذن مني في يمينه المذكور، ورأيت إباحة ذلك له، وكتب فلان بن فلان، فإن كان الخطاب بقبوله خطابًا وصل إليه؛ كتب أعلم الشَّيخ أبا فلان بقول الخطاب الثابت عنده المرتسم فوق هذا، أو يمينه أو يسرته أو بمقلوبه، وإذا لم يكتب القاضي تحت العقد خطابًا يصرح فيه بالإعلام بصحة ذلك العقد عنده، واقتصر على أن كتب صح الرسم عندي، أو ثبت أو استقل، وكتب فلان بن فلان؛ فذلك لغو غير جائز قبوله بمجرد الخط.

وقول ابن الحاجب: ويجب قبول ما يرد عليه عن الحاكم في المال والقصاص،

والعفو والعقوبات وغيرها إن كان أعلاه.

وقولها في كتاب الأقضية والقذف: ويجوز كتب القضاة إلى القضاة في القصاص والحدود وغيرها؛ لجواز الشهادة على ذلك، وقوله: إن كان أهلاً هو نقل الشَّيخ عن المجموعة: إن ثبت عند المكتوب إليه أن من كتب إليه مستحق القضاء في فهمه، ومعرفته، ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابه.

قال ابن سَحنون عنه عن أشهب: وإن كان غير عدل؛ لم يقبله، ولو كتب إليه العدل إن ابني ثبتت له عندي بينة بكذا؛ لم يقبله، وهو كالشاهد له، فإن أجازه؛ لم يفسخه من ولي بعده.

وقال سَحنون: يكاتب غير العدل بإنفاذه الأمر، ولا يقبل كتابه.

قال أشهب: لا يقبل كتاب غير العدل إلا ما كان في أمر لا يشك في صحته.

قُلتُ: هو قولها في كتاب الرجم: هو إن دعاك إمام جائر إلى قطع يد رجل في سرقة أو قتل في حرابة، أو رجم في زنا وأنت لا تعلم صحة ما قضى به إلا بقوله؛ فلا تجب إلا أن تعلم صحة ما أنفذ، وعدالة البينة، فعليك طاعته؛ لئلا تضيع الحدود.

الشَّيخ لابن حبيب عن أَصْبَغ: إن جاءه بكتاب قاض لا يعرفه بعدالة ولا سخطة، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة؛ كالمدينة، ومكة، والعراق، والشام، ومصر، وقيروان، والأندلس؛ فلينفذه، وإن لم يعرفه، ويحمل مثل هؤلاء على الصحة، وأما قضاة الكور الصغار لا ينفذه حتى يسأل عنه.

قال: وإن كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه، وهو معه في المصر، وذكر له القصة والشهادة، فإن أنفذه الأمير نفذ، وينبغي له إنفاذه قاله بعض كبار المدنيين.

وقال غيره: لا يجوز.

قُلتُ: في عدم إجازته نظر.

قال ابن عبد السلام في تفسير كلام ابن الحاجب: قيل في المذهب: إن الدماء والحدود لا تثبت إلا بشهادة من يعلم القاضي عدالته من الشهود، ولا يثبت بمن يحتاج إلى تزكيته من الشهود خلاف المشهور.

قُلتُ: لا أعرف هذا القول على الوجه الذي ذكره أنه عام في الدماء والحدود، وإنما ذكره ابن زرقون في الدماء فقط.

قال في ترجمة الشهادات ما نصه: ذكر ابن عبد الغفور في وثائقه: أن التعديل يجوز في كل شيء من الدماء وغيرها؛ وهو قول مالك في كتاب الديات من المدَوَّنة.

وقال أحمد بن عبد الملك: لا تكون عدالة في الدماء، ولم يصحب هذا القول عمل.

قُلتُ: فلم يذكر الحدود بوجه، ويدخل في قولها، وغيرها كتبه بما ثبت عنده من مخاطبة غيره غيره.

سمع عبد الملك بن الحسن بن وَهْب: الشأن أن يقبل القاضي ما كتب به له غيره من القضاة، ويحكم به إن كان الحكم عنده، أو يكتب به إلى غيره هكذا، وإن كثر، وهو شأن الإسلام لا يختلف فيه أهل العلم، وقاله أشهب.

ابن رُشْد: لا خلاف في وجوب إعمال القاضي ما خاطبه به غيره من القضاة، ويحكم به إن كان الحكم عنده، أو يكتب إلى غيره سواء كتب الكاتب له بما ثبت عنده من حق، أو بما خاطبه به غيره، وإن كثرت المخاطبات في ذلك من قاض لقاض، وليس لمن ثبت عنده الخطاب بثبوت حق لرجل على رجل أن يكلف ذا الحق البينة عنده بمحضر خصمه؛ بل يقضي عليه بحقه إلا أنه يقول له: إن كان لك مدفع فيمن شهد على الكتاب فادفع، فإن أتى بما سقط به شهادتهم؛ لم يحكم عليه، وإن لم يدفع؛ حكم عليه، ويقول له أيضًا: إن كان عندك مدفع في الذين شهدوا بحق الطالب عليك، فأت به، فإن أتى بما يسقط به شهادتهم؛ لم يحكم عليه، وإن ادعى المدفع في البلد الذي كتب فيه الكتاب بثبوت الحق قيل: له أد هاهنا ما ثبت عليك وامض، فإن دفعت شهادة من شهد لخصمك؛ رجعت بما حكم به عليك.

قُلتُ: في اختصار الواضحة: قال ابن حبيب: قال ابن الماجِشُون: العمل عندنا أن يسمع القاضي بينة الحاضر، ويدفع شهادتهم، وإن لم يحضر خصمه، فإن حضر علمه بمن شهد عليه بأسمائهم ومساكنهم، فإن كان له مدفع، وإلا لزمه القضاء، وإن سأله أن تعيد البينة شهادتهم بمحضره؛ لم يجبه لذلك، ولو سأله الخصم أن لا يسمع بينة خصمه

في غيبته، فإن خشي عليه القاضي في ذلك دلسة أو استرابة، ورأى اجتماعهم أجمع للفضل، وأبرأ من الدخل؛ فليجبه، وإن أمن من هذا؛ لم يجبه، فإن أجابه من غير شيء خافه؛ فليضمه لاختلاف الناس فيه.

قال بعض العراقيين: لا يكون إيقاع الشهادات إلا بمحضر المشهود عليه، وقال لي مُطَرِّف وأَصْبَغ مثله، وعلم بلدنا على ما أعلمتك.

قال فضل: سَحنون: لا يرى إيقاع الشهادة إلا بمحضر الخصم إلا أن تكون غيبة الخصم بعيدة، ونقله ابن سهل دون زيادة فضل عن سَحنون، وقال في الموازيَّة: إن كان قريبًا أحضر؛ ليشهدوا عليه، أو بمحضر وكيله، فقد يذكرهم أمرًا ينفعه، فإن لم يفعل؛ جاز، ولمحمد بن عبد الحَكم نحوه.

قُلتُ: ففي وقف أداء الشهادة على غائب غير بعيد الغيبة لا دلسة عليه فيها ثالثها: يستحب لسَحنون وابن الماجِشُون والموازيَّة مع ابن عبد الحَكم، ورابعها: الثاني إن تبين تعمد المطلوب تغيبه عن الطالب فتوى ابن لبابة وابن غالب وابن وليد مع غيرهم.

ابن سهل: وشاهدت العمل دفع القاضي للمشهود عليه نسخ جميع ذلك، ويعلم له على من قبل، أو لا يكتب له في النسخ سواهم، وإن تشاحا في القرطاس الذي يكتب فيه النسخ للإعذار؛ ففيه بين الشُيُوخ نزاع سألت عنه ابن عتاب، فقال لي اختلف فيه الحكام والفقهاء، وأراه على الطالب، وسمعت ذكره عن ابن دحون، وأفتى ابن القطان أنه على من يعذر عليه، وهو أحب إلي.

ابن الحاجب: قال ابن الماجِشُون: العمل عندنا أن تسمع البينة حضر الخصم، أو لم يحضر، ولم يرها سَحنون إلا بمحضره إلا أن تكون غيبة بعيدة.

قال ابن عبد السلام: ما ذكر ابن الماجِشُون هو مذهب المدَوَّنة.

زاد ابن هارون: هو مذهب المدَوَّنة، ولو كان حاضر البلد.

قُلتُ: مقتضى عزوه ابن سهل وابن شاس وابن الحاجب لابن الماجِشُون عدم ظهور دلالة لفظ المدَوَّنة عليه ونصها: قلت: إن أقمت بينة على غائب، فقدم بعدما أوقعت البينة عليه أيأمر القاضي بإعادة البينة في قول مالك؟ قال: قال مالك: يقضي

على الغائب، فلما قاله رأيت أن لا يعيد البينة، وهذا رأيي.

قُلتُ: فلم يحك ابن القاسم عن مالك نص سمَاع البينة على الغائب إنما أخذه من قوله بالحكم عليه، والحكم على الغائب؛ إنما هو الغائب عن الحكم البلد حسبما يأتي إن شاء الله تعالى؛ إنما أخذه من قوله بالحكم عليه؛ ولذا صح جمع النقل عن سَحنون بأنه لا يسمع البينة على الغائب، ويجيز الحكم عليه.

قال ابن رُشْد في نوازله: سَحنون يجيز الحكم على الغائب في العروض والأصول، وذكر الشَّيخ قول ابن الماجِشُون من المجموعة بزيادة: إلا أن يكون الشهود لا يعرفون المشهود عليه إلا بشخصه، فلا بد من حضوره، وقاله ابن القاسم وأشهب، ثم ذكر قول سَحنون وقيده بكون المشهود عليه حاضرًا، أو قريب الغيبة، وإن ثبت بعد غيبته سمع في غيبته ملكه أو استحقاقه إن كان حاضر بلد الخصومة، فشرط البينة حضوره.

في النوادر لسَحنون: من ادعى دابة وأحضر بينة والحاكم بالمسجد، والدابة على بابه، أيشهدون عليها وهي خارج المسجد؟ قال: يشهدون عليها حيث يراها الحاكم، كما يشهدون على النصراني، وهو لا يدخل المسجد، وسأل حبيب سَحنونا عن من اعترف دابة بيد رجل، فأمره الحاكم بإحضارها، فأحضر دابة، فقال المدعي: ليست هذه التي اعترفت، وأتى بشاهد عدل أن الدابة التي اعترفت في يده غير هذه فقال: يغلظ عليه الحاكم بالحبس وغيره حتى يظهر الدابة، فإن لم يزك الشاهد؛ أغلظ عليه بدون ذلك، وإن كان غائبًا عنها، وليس معينًا بنفسه؛ بل بالإضافة وهو الدين، فالاعتبار في الإشهاد به مع غيبة تخصيص المدين بما يعينه.

تقدم لابن رُشْد في سمَاع عبد الملك: يكتب القاضي بما ثبت عنده من صفة الآبق كما يكتب في الدين على الغائب باسمه ونسبه وصفته، فيقوم الشهادة فيه على الصفة مقام الشهادة على العين. هذا قول مالك وجميع أصحابه إلا ابن كنانة؛ لم يجز في شيء من ذلك الشهادة على الصفة، وأجازها ابن دينار في الدين لا في الآبق.

قُلتُ: فظاهره: أن ابن كنانة لم يجزه في الدين.

المازري يقضي بالبينة المتعلقة بصفة المحكوم به إن كان ربعًا لا من صفته تخليته

بمحله ومكانه، وهو لا ينتقل، وفي الحكم بها في غيره من حيوان وشبهه قولان، على الأول: ينفذ القاضي المكتوب إليه بتلك البينة الحكم على المشهود عليه بها، وعلى الثاني: يحكم له بأخذ المدعى فيه بصفة قيمته؛ ليذهب به لمحل البينة؛ لتشهد على عينه عند القاضي، فيحكم له به، ويسترجع قيمته ابن الحاجب، ويحكم بالدين وغيره مما يتميز غائبا بالصفة كالعبد.

ابن عبد السلام: يعني ما يحكم به إن لم يقبل التمييز قبل الحكم به لم يطلب تمييزه؛ إذ لا معنى لطلب ما يتعذر حصوله، وقاله ابن هارون، وفي قولها تعقب؛ لأنه يلزم أحد أمرين؛ إما عدم سماع البينة في الدين الغائب من هو عليه، أو سماعها به مع عدم تعينه؛ لأنه إن كان الواقع أن المذهب عدم سماع البينة؛ لزم الأمر الأول، وإن كان الواقع أن المذهب سماعها به مع قولها: إنه لا يقبل التعيين؛ لزم الأمر الثاني، ومعروف المذهب ثبوت سماع البينة، والحق سماعها به معينًا بتعين من أضيف إليه، وهو المدين ولا يمكن تقرر قولها إلا على ما نقله ابن رُشْد عن ابن كنانة من منع سماع البينة بالدين على غائب، ولم يذكراه، ولا ألما به، فتأمله.

وقال المازري: إن كان المحكوم به مما لا يتميز أصلاً؛ ذكرت البينة قيمته تقول غصبه حريرًا قيمته كذا، أو طعامًا قيمته كذا.

قُلتُ: هذا فيما يتعلق بالذمة، وأما إن لم يتعلق بالذمة؛ فظاهر كلام ابن رُشْد أن المكيل والموزون لا تصح البينة به بعد غيبته؛ لتعذر معرفته بعد حضوره، فتمتنع الشهادة به غائبًا على الصفة، وتمام هذا المعنى في مسائل الاستحقاق، وإن كان غائبًا معينًا في نفسه كالعبد والفرس، فإن كانت البينة بها لا يستحق لا من يد مدع ملكه، ولا مدعيًا حريَّة نفسه؛ سمعت في غيبته بكمال صفته الموجبة تعيينه عند شاهدين اتفاقًا، فإن لم يكن عبدًا آبقًا، وإن كان ففي سماعها: ومنعه قولها مع جل أصحاب مالك وابن رُشْد عن ابن دينار مع ابن كنانة، وإن كانت بها يستحق من يد مدع ملكه أو مدعيًا حريَّة نفسه؛ ففي سماعها به، ومنعه قولان لاختصار الواضحة لفضل عن سَحنون قائلاً: لا أعلم خلافه لأحد من أصحابنا غير ابن كنانة وفضل عن ابن دينار معه.

وللشيخ عن ابن القاسم في المجموعة: لو ادعى عبدًا بيد رجل، والعبد غائب، فيقيم فيه البينة، أو كان حيوانًا أو متاعًا بعينه أقام فيه بينة؛ قبلت إذا وصفوا ذلك وعرفوه وحلوه، ويقضي له به قال: ولو شهدت بينة على غائب بأنه سرق، فقدم، وغاب الشهود، أو حضروا؛ حكم عليه، وليس عليه إعادتها إذا استأصل تمام الشهادة.

والخصومة في معين دارًا أو غيرها في كونها ببلد المدعي فيه، أو ببلد المدعى عليه، ولو كان بغير بلد المدعي فيه ثالثها: هذا أو حيث اجتماعهما، ولو بغير بلد المدعي فيه لاختصار الواضحة عن ابن الماجِشُون مع فضل عن سَحنون وابن كنانة، ومُطَرِّف وأَصْبَغ قائلاً: كل من تعلق بخصم في حق؛ فله مخاصمته حيث تعلق به إن كان به أمين يحكم أو قاض، ولو كان الحق بغير موضع اجتماعهما.

ابن حبيب: أقول به فيما يتعلق بالذمة من دين وحق لا في العقار، وعلى الأول: قال ابن الماجِشُون: إن ادعى مكي دارًا بمكة لمدني، سمع قاضي مكة بينة مدعيها، وضرب لرب الدار أجلاً، فإن جاء بمخرج، وإلا وكل من يخاصم عنه، وعلى الثاني: قال مُطَرِّف: إن شاء المدعي؛ أثبت عند قاضي مكة دعواه؛ ليكتب له بذلك لقاضي المدينة، أو وكل وكيلاً يخاصم له بالمدينة.

قُلتُ: وعلى نقل المازري عن المذهب أن من أثبت دينًا على غائب أحلفه قاضي بلده يمين الاستبراء، وحكم له بدينه على الغائب يكون رابعًا: إن الحكم ببلد الطالب، وإن لم يكن المحكوم فيه به.

قال فضل: قول ابن القاسم كمُطَرِّف بقوله في كتاب القسم في الرجل يرث الدار فيغيب، فيأتي رجل يدعيها: لا يحكم على الغائب إلا أن يكون بعيد الغيبة بحيث لا يقدر المدعي له يمضي إليه.

قُلتُ: في أحكام ابن سهل ما نصه في أحكام ابن زياد: وكشف القاضي وفقه الله فقال: إذا تداعى الخصمان مالاً غائبًا في غير بلدي هل لي أنظر بينهما؟

فقلت: بإجماع إن شاء الله إن ذلك يجب على القاضي، وإنما يتوقف عن النظر فيما يكون في غير بلده الذي لم يتقاعد الخصمان عنده لغيبة أحدهما، ثم ذكر ابن سهل عن

عيسى بن دينار مثل قول مُطَرِّف، وإن ابن بشر حكم به، وكتب به إلى قضاته، وذكر بعض ما قدمناه عن فضل، وما ذكره من الإجماع على نظر القاضي بين الخصمين فيما تداعياه غائبًا عن بلد القاضي من الأموال خلاف ما تقدم لابن حبيب.

قُلتُ: ومثل ما أخذوه من كتاب القسم يقوم من قولها في الشفعة: وإن كان الدار بغير البلد الذي هما فيه؛ فهو كالحاضر مع الدار فيما نقطع إليه الشفعة، ولا حجة للشفيع؛ إذ لا ينفذ حتى يقضيها لجواز النقد في الربع الغائب، ويقول ثاني عتقها: من ادعى بيد رجل عبدًا أو حيوانًا أو عرضاً، وذلك كله غائب، وأتى ببينة تشهد أن ذلك له، فإن وصفته وعرفته وحلفه؛ سمعت البينة، وقضيت له بها.

والقضاء على الغائب: سمع ابن القاسم فيه: قال مالك: أما الدين؛ فإنه يقضي عليه فيه، وأما كل شيء فيه حجج؛ فلا يقضي عليه.

قال سَحنون: والدين يكون فيه الحجج.

ابن رُشْد: مذهب مالك: إن قربت بينته؛ كمن على ثلاثة أميال كتب إليه، وأعذر إليه في كل حق؛ إما وكل أو قدم، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين وسع عليه ماله من أصل وغيره، وفي استحقاق العروض والحيوان، والأصول، وكل الأشياء من طلاق وعتق وغيره، ولم ترج له حجة في شيء، وإن بعدت غيبته على مسيرة عشرة أيام وشبهها؛ حكم عليه في غير استحقاق الرباع والأصول من الديون، والحيوان والعروض، ورجيت حجته فيه، وإن بعدت غيبته، وانقطعت كالعدوة من الأندلس، ومكة من إفريقيَّة، والمدينة من الأندلس وخراسان؛ حكم عليه في كل شيء من حيوان، وعرض ودين، والرباع والأصول، ورجيت حجته في ذلك.

زاد في أجوبته: هذا التحديد في القرب والبعد؛ إنما هو مع أمن الطريق، وكونها مسلوكة، وإن لم يكن كذلك؛ حكم عليه، وإن قربت غيبته، ومن خلف البحر في الجواز القريب المأمون؛ كاليوم الواحد المتصل إلا في الأمد الذي يمنع فيه ركوبه، فالقريب فيه في حكم البعيد.

قال في البيان: والغائب في هذا السماع هو ذو مسيرة عشرة أيام وشبهها؛ لأن هذه

الغيبة هي التي يقضي فيها عليه عنده في الدين والحيوان والعروض دون الرباع والأصول التي تكون فيها الحجج، ومثله سماع أَصْبَغ ابن القاسم، وترجى الحجة عند مالك له، فإن جرح البينة التي حكم عليه بها بإسفاه أو عدوه؛ رجع فيما حكم به عليه من حيوان أو عرض، وفيما قضى عنه من دين، ولا يرد ما بيع عليه فيه.

وقال سَحنون بقول ابن الماجِشُون: أنه يقضي عليه في هذه الغيبة في الرباع وغيرها، ولا يرجع في شيء من ذلك عندهما بتجريح البينة التي حكم عليه بها بعداوة أو إسفاه إلا أن يظهر أنهم عبيد، أو غير مسلمين، أو مولى عليهم، فيرجع فيما قضى به عليه، ولا يرد ما بيع عليه لقضاء ذلك الدين؛ لأنه بيع بشبهة، فعلى قولهما؛ يوكل للغائب وكيل يحتج عنه ويعذر إليه، ولا ترجى له حجة.

المازري: في الحكم على الغائب في العقار قولان، ثم قال: ومقدار المسافة التي يحكم فيها على الغائب مصروفة إلى الاجتهاد، ووقع لسَحنون الإعذار لمن بصقليَّة، ووقع في رواية أخرى: يحكم على الغائب، ولو قربت غيبته إلا أن يقرب جدًا.

قلت عن سَحنون: الإعذار لمن بصقليَّة؛ يعني من القيروان، قاله في النوادر، ونقله في رواية أخرى يحكم على الغائب، ولو قربت غيبته يوهم أنها عن مالك أو سَحنون لقوله أخرى بعدما نقله عنه، ويوهم أنها مطلقة، وهي في النوادر عن أَصْبَغ في غير العقار.

ابن حارث: اتفقوا في إجازة الحكم على الغائب في الديون والعروض، واختلفوا في الرباع؛ فروى ابن القاسم: لا يحكم على غائب في الرباع.

قال ابن حبيب: فأعلمت ابن الماجِشُون برواية ابن القاسم فأنكرها وقال: لا يقول هذا مالك، وما هو مذهبه، ولا مذهب أصحابه، وذكر عن أَصْبَغ: أنه يحكم عليه في الربع في الغيبة البعيدة المنقطعة.

قُلتُ: ظاهره: أنها عنده ثلاثة أقوال، وظاهره: ما تقدم لابن رُشْد أن الخلاف في الحكم عليه في الربع؛ إنما هو في استحقاقه فقط لا في بيعه عليه في دين ثبت عليه، وهو مقتضى قول غير واحد في بيع أصوله في نفقة زوجته، وتقدم الخلاف بين الشُيُوخ في

بيعها في نفقة أبويه، وظاهر نقل المازري وابن حارث: أن الخلاف فيه مطلقًا، وعزو ابن عبد السلام: الخلاف في بيع ربعه في الدين للعتبيَّة لا أعرفه، ولا أشار إليه ابن رُشْد بوجه؛ بل قال في أول مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان ما نصه: لا خلاف في وجوب بيع مال الغائب لغرمائه، كما لو كان حاضرًا.

قُلتُ: ولا خلاف في بيعه في دينه لو كان حاضرًا وفي قسمها.

قُلتُ: لو أن دارًا بيد غائب ادعى رجل أنه وارثها مع الغائب، أيقبل القاضي منه البينة أم لا؟ قال: لا أحفظه عن مالك إلا أني سمعت من يذكر عنه في هذا: أن الدور لا يقضى على أهلها فيها، وهو عيب وهو رأيي.

قال ابن القاسم: إلا أن تكون غيبة تطول، فينظر في ذلك السلطان مثل من يغيب إلى الأندلس أو طنجة يقيم في ذلك الزمان الطويل، فأرى أن يقضي له السلطان به، واختصرها أبو سعيد سؤالاً وجوابًا؛ لعدم مطابقة الجواب السؤال، وهذا لأن لفظ السؤال؛ إنما دل على السؤال عن سماع البينة على الغائب حال غيبته فيما ادعي عليه، فأجابه عنه بعدم الحكم عليه، وسماع البينة عليه ليس نفس الحكم عليه، ولا أخص منه بحيث يستلزم نفيه نفيها؛ بل هي أخص منه مطلقًا، ومن وجه باعتبار وجودهما لا باعتبار صدق أحدهما على الآخر؛ لأنهما بهذا الاعتبار متباينان.

قال ابن الحاجب: إثر ما تقدم من سماع البينة في غيبة الخصم، وخلاف سَحنون في ذلك ما نصه: ويحكم بالدين وغيره مما يتميز غالبًا بالصفة؛ كالعبد والفرس، وقيل: ما لم يدع الحريَّة، أو يدعيه ذو يد، فحمله ابن عبد السلام على سماع البينة بذلك حال غيبة المشهود عليه لا على الحكم عليه بذلك؛ لأنه قال في قول ابن الحاجب: وفي العقار ثالثها: في الغيبة البعيدة ما نصه: هذا يوهم أنه فرع من المسألة التي فوقه، وليس كذلك، فإن المسألة السابقة معروضة في المحكوم به هل يشترط حضور لتشهد البينة على عينه ويشبه ذلك أو لا؟ وهذه المسألة إنما المراد بها هل يشترط حضور المحكوم عليه ليستوفي حجته أم لا؟

وقال ابن هارون: معناه: أن المحكوم به إن كان غائبًا هل يعتمد على الصفة في

القضاء به أم لا؟ في ذلك الدين، والأمر فيه واضح؛ إذ لا يتأتى إلا أن يكون موصوفًا.

ومنها: العبد والأمة والفرس ونحوها مما يتميز بالصفة فهذا قال ابن القاسم وسَحنون: يحكم فيه بالصفة إن كان غائبًا.

وقال ابن كنانة: إنما ذلك إذا كان العبد لا يدعي حريَّة، ولا يدعي حائزه ملكه، والأول مذهب المدَوَّنة.

قال في كتاب اللقطة فيمن استحقت من يده أمة: أن له أن يذهب بها إن كان أمينًا، أو يستأجر أمينًا إلى بلد البائع؛ لتشهد البينة على عينها، ويضع قيمتها، ويكتب له إلى قاضي ذلك الموضع؛ ليرجع بالثمن على البائع، قيل: فإن قال البائع: أقم البينة أن هذه الأمة هي التي حكم عليك بها، قال: لا يلزمه ذلك؛ بل يكفيه أن تكون صفتها موافقة لما في كتاب القاضي إن ثبت بالشهادة، فإن قلت: إذا كان الحكم بالصفة عنده جائزًا، فلم أجاز للمستحق منه الذهاب بها إلى بلد البائع؛ لتشهد البينة على عينها، وكان يجب على أصله أن يقضي له على بائعه برد الثمن إذا شهدت له البينة أن الأمة التي باع له موافقة لما في كتاب القاضي من الصفة.

قُلتُ: يحتمل إنما جوز له الذهاب بها لبلد البائع؛ لأن قاضيه قد يكون ممن لا يرى الحكم بالصفة.

قُلتُ: حمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب: ويحكم بالدين وغيره إلى قوله: أو يدعيه ذو يد على سماع البينة بذلك حال غيبته خلاف، حمله ابن هارون على القضاء بذلك حال غيبته، فما حمله عليه ابن عبد السلام هو ثابت في نفس الأمر؛ لأن الخلاف في سماع البينة بالشيء حال غيبته باعتبار صفته ثابت حسبما تقدم إلا أنه بعيد من لفظ ابن الحاجب؛ ولهذا اضطر ابن عبد السلام إلى قوله في قول ابن الحاجب: وفي العقار ثالثها: إلى آخره هذا يوهم أنه فرع من فروع المسألة، وليس كذلك، وما ذكره غير لازم؛ بل قول ابن الحاجب؛ إنما هو في الحكم بالشيء المشهود به باعتبار صفته لغيبته إذا ثبتت تلك الشهادة بخطاب قاض بها لصحة سماعها عنده لقاض آخر المشهود به حاضر عنده، وفي حكمه بهذه البينة حال حضور المشهود به، ومطابقته الصفة التي

كتب بها القاضي من شهادة البينة بها، وحضور المشهود عليه مطلقًا، ولو في الربع ومنعه ثالثها: إلا في الآبق؛ لأن من تمام البينة بها بعض صفته محله، وهو فيه متعذر، ورابعها: إلا من يدعي الحريَّة، أو ما كان بيد حائز يدعي ملكه ربعًا كان أو غيره، لفضل عن ابن القاسم مع أشهب وابن رُشْد عن جميع أصحاب مالك إلا ابن كنانة وابن دينار، وله عن ابن كنانة، وابن دينار، ولفضل عنه.

وإذا ثبت هذا، والمحكوم عليه حاضر؛ استقام حمل كلام ابن الحاجب على الحكم به، والمحكوم عليه غائب غائب؛ لأن كل ما حكم به على الحاضر؛ استأخر ذكر الخلاف في الحكم به، والمحكوم عليه غائب، ولما تقرر في كلامهم في الحكم على الغائب انقسامه إلى حكم عليه في غير الربع، وإلى حكم عليه في الربع، وجب حمل كلام ابن الحاجب على القسمين، وامتنع حمله على غير ذلك؛ لصلاحيته لهما دون غيرهما.

وقول ابن هارون معناه: أن المحكوم به إذا كان غائبًا هل يعتمد على الصفة في القضاء به أم لا؟ إلى قوله قال ابن القاسم وسَحنون: يحكم فيه بالصفة، وهو مذهب المدَوَّنة ظاهره أو نصه: أن قول ابن القاسم وسَحنون والمدَوَّنة: أن القاضي يقضي بالشهادة المتعلقة بالشيء حال غيبته باعتبار صفة حال غيبة المقضي به عن القاضي الحاكم به، وحال غيبة المقضي عليه مثل أن يدعي رجل بتونس آبقًا بالقيروان، أو عبدًا بيد رجل بها، ويقيم عند قاضي تونس بينة به باعتبار وصفه الآبق، وباعتبار صفة العبد الكائن بيد الرجل، وباعتبار اسمه ونسبه وصفته، فعلى المشهور في هذه المسألة؛ يسمع منه قاضي تونس بينته بذلك، ويكتب له بسماعها وعدالتها لقاضي القيروان، فإن ذهب به، وأثبته عنده، ووجد الآبق، قد قلت: واستقر بالإسكندريَّة، ووجد الرجل والعبد بيده، انتقلا إلى الإسكندريَّة؛ فالواجب على ظاهر أكثر الروايات، وأقوال المذهب: أن قاضي القيروان يكتب بما ثبت عنده من كتاب قاضي تونس إلى قاضي الإسكندريَّة، ولا يحكم لحامل الكتاب بما كتب له به قاضي تونس، وعلى ما فسر به ابن هارون كلام ابن الحاجب يقضي قاضي القيروان لحامل الكتاب، وينفذ الحكم له لنص قوله: إن المحكوم به إذا كان غائبًا، فقول ابن القاسم وسَحنون: أنه يحكم فيه بالصفة، فإن قلت: إنما

تضمن كلامه الحكم بذلك حال غيبة المحكوم به فقط لا في حال غيبته وغيبة المحكوم عليه، والحكم بالشيء الغائب حضور المحكوم عليه جائز حسب ما تقدم في أن المعتبر في لحكم محل المحكوم عليه والمحكوم له.

قُلتُ: بل نص قوله: يقتضى أنه يحكم بالشيء الغائب حال غيبة المحكوم عليه لقوله، فمن ذلك الدين والأمر فيه واضح، قلت: والحكم بالدين إلغاء ملزوم لغيبة المحكوم عليه، فتأمله إلا أنه يأتي للمتيطي ما ظاهره صحة الحكم مع غيبة المحكوم به، وعليه بقيد كونه من أهل بلد الحاكم، ويأتي للمازري النص بالحكم بذلك دون قيد.

المتيطي: أول نظر القاضي في الحكم على الغائب تكليفه طالبه بإثبات غيبته ومحله ليعلم قرب غيبته من بعدها، فإن قربت غيبته؛ أعذر إليه حسبما ذكره في المَدَوَّنة وغيرها.

قُلتُ: نحوه نقل النوادر عن أَصْبَغ: إن قال الطالب: غيبة خصم بعيدة يستحق أن يقضي عليه فيها عند القاضي البينة على ذلك.

المتيطي: إن بعدت غيبته، وهو من أهل مصره؛ خرج عنه مسافرًا غير منتقل بحل، وأمضى الحكم عليه دون إعذار، وإن كان من غير أهل بلده الذي استقضى عليهم؛ لم يسجل عليه، فإن ذلك ليس إليه؛ إنما له أن يقيد شهادة البينة عليه، ويسميها، ثم يشهد على كتابه ذلك من يشهد بذلك عند قاضي البلد الذي به المدعى عليه.

وفي أسئلة الشَّيخ أبي عمرو وأبي بكر ابن عبد الرحمن: أن الحكم على الغائب الذي يعمل على غير عمل الحاكم عليه؛ جائز إن كان للغائب في موضع الحاكم ما يحكم عليه فيه؛ لأنه يحكم في شيء تحت حكمه، وفي بلده الذي ولي النظر فيه؛ وإنما الذي لا يجوز حكمه عليه لو كان المحكوم عليه لا مال له ببلد الحاكم.

قُلتُ: ظاهر ما نقله عن الشَّيخين: أنه خلاف ما ذكره قبل جوابهما، فيحتمل أنه الحكم على الغائب الذي هو من عمل القاضي حال غيبته مع غيبة المحكوم به عن محل القاضي، أو منع الحكم على الغائب الذي ليس من عمل القاضي، وإن كان المحكوم به حاضرًا ببلد القاضي مع المحكوم له، وقول ابن هارون، فإن قلت: إذا كان الحكم

بالصفة جائزًا؛ فلم أجاز للمستحق منه الذهاب بها إلى بلد البائع؛ لتشهد البينة على عينها، ويجب على أصله أن يقضي له على أصله برد الثمن إذا شهدت له البينة أن الأمة التي باع له موافقة لما في كتاب القاضي من الصفة إلى آخره جوابه عن هذا السؤال يرد جوابه بأن ظاهر أقوال متقدمي أهل المذهب ومتأخريهم، وجواب نهاية المستحق من إسعافه بخروجه بالمستحق منه إلى بلد بائعه بشروط مقدرة في آخر مسائل الاستحقاق حسبما تقدم ليس لاحتمال كون المكتوب إليه ممن لا يرى الحكم بالصفة بأنهم ذكروا الكتاب والحكم بخروجه به بين قضاة الأندلس وكورها حسبما ذكره ابن سهل وابن رُشْد وغيرهما، والمعلوم من حال عامتهم الحكم بالصفة والجواب عن توهم السؤال المذكور أن وجوب إسعافه بالخروج به؛ إنما هو لتحصيله موجب رجوعه على بائعه منه بثمنه؛ لأنه لا يجب له الرجوع عليه لمجرد بينة الاستحقاق؛ لأنها لا تتضمن كون المستحق من يده اشترى المستحق، ولا تعيين من باعه له، فواجب حينئذ على المستحق منه إقامة البينة بأن ما استحق منه أنه ابتاعه من فلان الذي طلبه بثمنه، والبينة بابتياعه منه مع حضور المستحق متيسرة غير متعسرة؛ لأن الإنسان إذا رأى عين المبيع عرفه، وأمكن أن يشهد بأنه نفسه، فلو لم يحكم له منه ممن طلب ثمنه منه، وإن كان غائبًا، وافتقر إلى البينة بأنه ابتاعه من الذي طلبه بثمنه لعسر عليه إقامة البينة بذلك؛ لجواز ذهول من حضر معه على شرائه لمن طلبه بثمنه عن صفته الخاصة؛ لغيبته عنه، وعدم ضبطه صفته حين الشيء، أو هو لو حضر علم أنه المشتري والمتصف يجد علم هذا من نفسه، فلو لم يحكم له بخروجه به لبلد بائعه؛ أدى إلى ضرره بذهاب ثمنه، وشرط الحكم على الغائب بقضاء دين عليه مع البينة به يمينه على بقاء دينه عليه إلى حين الحكم له بذلك.

قال ابن رُشْد في نوازله: هذه اليمين لا نص على وجودها؛ لعدم الدعوى بما يوجبها إلا أن أهل العلم رأوها على سبيل الاستحسان احتياطًا للغائب، وحفظًا على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه.

قُلتُ: وسمع عيسى ابن القاسم: من أثبت حقًا على غائب عند قاض، ويريد

الخروج في ذلك، ويوكل أيستحلفه؟ قال: يستحلفه في الوجهين أنه ما اقتضى، ولا أحال ولا قبضه بوجه من الوجوه، ثم يكتب له بوكالته: إن وكل، وثبت عنده، وقاله أَصْبَغ عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: قيل: ليس على الإمام أن يستحلفه في الوجهين خروج أو وكل، ويكتب له دون يمين؛ لأنه يقول للإمام: لعله لا يدعي علي أنه قضاني منه شيئًا، وهو ظاهر ما في رسم حمل صبيًا من سماع عيسى من كتاب البضائع، ونوازل أَصْبَغ منه، قلت: وصفة لفظ يمينه ما تقدم في السماع.

وفي الوثائق المجموعة: يحلف حيث يجب الحلف قائمًا مستقبل القبلة بالله الذي لا إله إلا هو ما اقتضيت من فلان ابن فلان الغائب شيئًا من الدين الذي ثبت لي عينه عند فلان ابن فلان صاحب أحكام كذا، ولا قبضت شيئًا عنه، ولا استحلت به على أحد، ولا أحلت به أحدًا عليه، ولا وهبته له، ولا شيئًا منه، ولا قدمت أحدًا يقبضه منه، وإنه لباق عليه إلى يميني هذا.

وفي لزوم هذه اليمين مطلقًا، ولو كان في وثيقة دين الطالب أنه مصدق في الاقتضاء بخلاف الحاضر على القول بإعماله فيه، وسقوطها عنه لشرطه ثالثها: يحلف علي على غير الاقتضاء من الهبة، وأنه لم يأخذ عوضًا ولا غيره مما يحلف عليه، لابن عات عن ابن العطار موجهًا قول محمد: الغائب على الحياة إن ثبت موته في ذلك الوقت؛ كان لوارثه الحجة، وإن قدم وادعى أمرًا؛ كان له، ولمحمد بن عمر محتجًا له بأنه لو كان حاضرًا ربما أقام بينة بالدفع، ولعله ميت في ذلك الوقت، ولصاحب الانقضاء من الباجي.

المتيطي: في إعمال تصديق رب الدين في اقتضاء دينه دون يمين يلزمه في دعوى القضاء، ولو كان غير مأمون ثالثها: إن كان مأمونًا، ولو كان التصديق بعدم تمام صفقة المعاملة طوعًا لا شرطًا فيها، ففي تقرر الخلاف فيه كما لو كان شرطًا فيها، ولزوم الوفاء به اتفاقًا نقلا ابن عات عن أبي عمر أحمد بن عبد الملك، وأحمد بن عبد الله.

قُلتُ: الأظهر أن قرب طوعه من العقد؛ فالأول وإن بعد عنه فالثاني.

ابن فتوح عن محمد بن أحمد: لا يجوز شرط إسقاط اليمين في السلف؛ لأنه سلف جر نفعًا، فإن شرط؛ فهو لغو، فإن كان السلف إلى أجل؛ انفسخ.

وذكر ابن شاس في صفة يمينه: أن القاضي يحلفه بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء، والاعتياض، والإحالة والاحتيال، والتوكيل على الاقتضاء من جميع الحق، ولا في بعضه، ولا يجب التعرض في اليمين؛ لصدق الشهود.

وقال الشَّيخ أبو إسحاق: يقول في آخر يمينه: وإنه لحق ثابت عليه إلى يومه ذلك.

واختصره ابن الحاجب معبرًا عن قول ابن شعبان، وإنه عليه إلى الآن، وهو أنص من قوله: إلى يومه، ولفظ ابن شعبان في الزاهي كنقل ابن شاس.

وقول ابن فتوح والمتيطي: وإنه الباقي عليه إلى يميني هذه، ففي لغو زيادة إنه باق عليه، ولزومها بيوم حلفه أو إلى الآن ثالثها: لوقت يمينه لسماع عيسى مع نقل ابن شاس عن معروف المذهب، وابن شعبان، ونقل ابن الحاجب، وقبل ابن عبد السلام غمز بعضهم زيادة الموثقين وغيرهم: أنه لم يسقط عنه من الدين شيئًا بضعف توجه دعوى الهبة على أحد القولين، وكذا فضل الإبراء الذي ذكره المؤلف، ويرد الأول بمنع، فنفذ توجه دعوى الهبة على أحد بالقولين، وبكذا فضل بالإبراء.

قال الباجي في ترجمة ما يجوز من العطيَّة: من ادعى على رجل بعينه، فظاهر المذهب أن لا يمين على المدعى عليه.

وقال ابن الجلاب: عليه اليمين، إن نكل؛ حلف المدعي، وأخذ بها، وأما ما كان في الذمة، كمن عليه دين يدعي على ربه أنه وهبه له؛ فالظاهر أن عليه اليمين، ويحتمل أن تقسم قسمة أخرى إن كانت الهبة لغير يد الموهوب؛ فلا يمين على الواهب، وإن كانت بيد الموهوب؛ فعليه اليمين كانت معينة، أو في الذمة، ويصحح هذا التقسيم أن من استحق عرضًا بيد رجل؛ لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب.

وقوله: وكذا فضل الإبراء الذي ذكره؛ يرد بأن إيجابهم هذه اليمين؛ لكمال الاحتياط للغائب يوجب أن تكون ألفاظها الدالة على نفي ما يتوهم أنه سقط للدين تدل على ذلك نصًا لا تضمنًا ولا التزامًا.

وفي نوازل ابن رُشْد: لو حلف الطالب هذه اليمين، وتأخر اقتضاؤه مدة طويلة لجمع مال الغائب، أو بيع عقاره؛ إذ تقرير الدعاوى في هذه المدة ممكن، وفرض حجج المحكوم عليه مانعة؛ كحاله أولى من احتمال سقوط الدين، كما لو كان المدين حاضرًا، وادعى ذلك على الطالب، فأحلفه، ثم تأخر تنفيذ القضاء؛ لطول بيع ربعه، ثم ادعى على الطالب مثل ذلك؛ فإنه يحلف له ثانية، ولو كان الدين نجومًا، فحلف عند أولها أيحلف عند النجم أم لا؟ كمن حلف مع شاهد له بحق، ثم ظهر له أن له في شهادته حقًا آخر ما ينفع فيه الشاهد واليمين، فإنه لا يحلف ثانية، فأجاب بأن الصواب أن لا تعاد عليه اليمين؛ إذ لو أعيدت عليه؛ لاحتمال ما ذكرت؛ لوجب أن تعاد عليه لو حلف، وجاء ليقبض حقه؛ لاحتمال وصوله إلى حقه في رجوعه من محل حلفه لدار القاضي ولاحقًا ببطلانه.

قُلتُ: لا يلزم من لغو احتمال وصوله إلى حقه مدة رجوعه من محل حلفه لدار القاضي لغو احتمال وصوله إلى حقه في المدة التي وصفها السائل، وعبر عنها بالطول؛ لأن احتماله مع الطول أقوى منه مع القصر، وقد أشار هو إلى هذا المعنى في الدين المنجم حسبما تذكره.

قال ابن رُشْد: ولا يشبه هذا إذا كان حاضرًا، فادعى عليه أنه قد قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه؛ لأن اليمين عليه واجبة هنا بنص قوله ﷺ: **«البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»** بخلاف اليمين للغائب لا نص على وجوبها، كما تقدم، ولو تأخر القضاء بعد يمينه إلى أن جاء الغائب، فأقام معه مدة، ثم غاب لوجب أن لا يقضي حقه حتى يحلف ثانية؛ لأن اللفظ هنا حاصل كما كان أول مدة، والدين المنجم لا يجب عليه أن يحلف عند كل نجم منه إلا أن يقدم الغائب في خلاله، أو تبعد النجوم بحيث يمكن أنه بعد قبضه النجم الأول مضى، فاقتضى النجم الثاني، أو وكل من اقتضاه، ولا خلاف في عدم حلفه ثانية إذا حلف مع شاهد له بحق وذكرها.

ابن عات: وقال السائل له: عياض: قال ابن عات: وهذا يقتضي أن اليمين تكون قبل بيع ربع الغائب.

قال المازري في الجواب الثالث: إذا سمع القاضي البينة على الغائب بحق عليه، والراد إلزام القضيَّة فيه؛ فلا بد أن يستحلف الطالب أنه ما قضاه شيئًا من هذا الحق، ولا أسقطه حسبما مر، واختلف العلماء في كون هذا الاستحلاف احتياطًا للغائب أو واجبًا على القاضي لا يصح الحكم إلا به، فإن لم يستحلفه، فإن الحكم إذا بلغ الغائب؛ مكن من القدح فيه، فإن ادعى أنه قضى هذا الحق؛ فهي مسألة فيها إشكال وقف فيها حذاق العلماء، وعندنا فيها قولان: أحدهما: لا يلزم المحكوم عليه تسليم الحق حتى يستحلف له طالبه، فيعود من قدم بالحكم حتى يتممه باستحلاف القاضي الطالب؛ لأن القاضي يبرم القضيَّة بقول في حكمه: أوجبت على فلان الغائب هذا الحق، وقضيت عليه به، وهذا لفظ يقتضي القطع بأنه ثابت عليه، ومع تجويز دعوى القضاء لا يتأتى القطع به، وقيل: يلزمه دفع الحق به، وينصرف لطلب يمين الطالب، وهذا إذا أثبت الحق منه على الغائب مستحقه، ولو أثبته وكيل المستحق؛ لم يطلب بهذه اليمين، ويرجي أمرها إلى أن يدعيها الغائب إذا ورد الحكم عليه.

قُلتُ: كذا وقع هذا اللفظ للمازري، وتلقاه ابن عبد السلام بالقبول، وفيه تناف؛ لأن قوله أو لا؟ لم يطلب بهذه اليمين، ويرجي أمرها يقتضي أنه لا ينفذ الحكم عليه؛ لأن قوله: إذا ورد الحكم عليه يقتضي عدم تقدم نفوذه عليه، فتأمله منصفًا، ثم قال متصلاً بكلامه السابق: وأما الميت والصبي والمجنون؛ فإنهم لا يقضى عليهم بالديون إلا بعد استحلاف الطالب لهم؛ لكون الميت يستحيل منه أن يدعي قضاء الدين، وكذا الصبي والمجنون ما دام كل منهما بصفته.

قُلتُ: مقتضى كلام المازري: أن من أقام بينة بدين على غائب عند قاضي بلد الطالب أن القاضي يقضي له بدينه على الغائب، ويحكم له به، ويقوم منه أن المعتبر في القضاء محل الطالب، وإن لم يكن به المحكوم به، ولا المحكوم عليه، وتقدم الخلاف في ذلك، ونحو مقتضى كلام المازري نقل الشَّيخ في النوادر عن ابن القاسم ما نصه: يسمع البينة على الغائب بالقتل، ويقضي عليه وهو على حجته إذا قدم، ولا تعاد البينة.

وعن سَحنون: قد يحكم على الغائب بالقتل ويقضي عليه، وهو على حجته إذا

قدم، ولا تعاد البينة.

وعن سَحنون: قد يحكم على الغائب بأنه قتل ببينة فلانًا خطًأ؛ فإنه يقضي على العاقلة بالدية لأوليائه، والعاقلة غائبة.

وظاهر سماع عيسى ابن القاسم: أنه يسمع بينته بدينه على الغائب، ولا يقضي له؛ لأنه سئل عن من ثبت له حق على غائب عند القاضي؛ ويريد الخروج في ذلك، أو يوكل أستحلفه، قال: يستحلفه خرج، أو وكل أنه ما اقتضى، ولا أحاله، ولا قبضه بوجه من الوجوه، ثم يكتب له، وقال أَصْبَغ عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: قيل: ليس على الإمام أن يستحلفه خرج أو وكل، ويكتب له دون يمين؛ لأنه يقول للإمام: لا تحلفني، فلعله لا يدعي علي أنه قضاني شيئًا منه، وهو ظاهر ما في رسم حمل صبيًا من سماع عيسى من كتاب البضائع، وما في نوازل أَصْبَغ عنه: فإن كتب لوكيله على هذا القول، ولم يستحلفه، فطلب الغريم، فادعى أنه دفع لموكله دينه أو بعضه، فإن قربت غيبته على مسيرة يومين ونحوهما أخر حتى يذهب إليه؛ فيحلف، وإن بعدت غيبته؛ لم يؤخر، وقضي عليه بالدين، وهو نص محمد بن عبد الحَكم، ومعنى قول ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع فيمن وكل رجلاً على طلب عبد له في بلد آخر، فيقيم البينة أنه لمن وكله أن الإمام لا يقضي له حتى يحلف الموكل ما باع ولا وهب، فإن قرب أمر أن يأتي به، فيحلف، وإن بعد؛ كتب لإمام بلده الذي ثبت عنده توكيله، فأمره أن يحلفه، فإن أتاه جواب كتابه أنه أحلفه؛ قضى به لوكيله، ولا يقضي لوكيله بالدين حتى يكتب إليه، فيحلفه في موضعه الذي هو فيه، وفرق بعض المتأخرين بين المسألتين بأن اليمين في مسألة العبد من تمام الشهادة، فهي يمين يوجبها الحكم.

وفي مسألة الدين: ليس اليمين من تمام الشهادة، ولا مما يوجبه الحكم، وحمل ابن أبي زيد المسألتين بعضهما على بعض، وهو بين من قول أَصْبَغ.

لابن حبيب: حكي عنه في مسألة العبد: أنه يقضي به الوكيل في غيبة الموكل إن بعدت، ففي وقف القضاء على حلف ثالثها: في العبد لا في الدين.

لابن كنانة في المجموعة مع ابن القاسم في المدنيَّة: يحلف الوكيل على العلم، وحينئذ يقضي له.

قُلتُ: ظاهره: في العبد والدين، وإنما ذكره في النوادر عن ابن كنانة دون ابن القاسم، وذكره في الدين لا العبد فقال: يحلف الوكيل أنه ما علم أنه قبض منه شيئًا.

ابن رُشْد: وأما في الغيبة القريبة؛ فلا يقضي له في المسألتين حتى يحلف اتفاقًا.

قال ابن الحاجب في الحكم على الغائب ما نصه: وذلك إذا كان غائبًا عن البلد أو متواريًا أو متعذرًا.

قُلتُ: ظاهره: أنه يحكم عليه في مجرد الغيبة، وقد تقدم أن قريب الغيبة كالحاضر، وتحديد القرب والبعد.

وقوله: أو متواريًا؛ ظاهره: ولو لم يعذر إليه في تواريه، وهو تابع في ذلك لابن شاس.

قال ابن شاس: قاله سَحنون: لا تسمع البينة دون حضور الخصم إلا أن يتوارى أو يتعذر؛ فيقضي عليه كالغائب.

قُلتُ: قوله: فيقضي عليه كالغائب؛ لم أجده في النوادر لسَحنون، ولا لغيره، وما ذكره عن سَحنون نصه في الواضحة: سَحنون: لا يرى إيقاع البينة إلا بمحضر الخصم إلا أن يكون غائبًا غيبة بعيدة ،ولم يذكر ما نقله ابن شاس من قوله: إلا أن يتوارى، وكذا له في النوادر.

وتواري الخصم عن خصمه، وهو معه في بلده كثير نزوله، وما سمعت ولا شاهدت أحدًا من القضاة حكم عليه كالغائب.

قال ابن فتوح: من ذكر لقاض أن خصمه غيب وجهه داخل دار؛ ليبطل عليه حقه، وسأل الحاكم أن يسمر عليه باب الدار؛ ليخرج لمحاكمته؛ لزمه أن يثبت أن غريمه يسكن بالدار التي أراد تسميرها، وليس عليه إثبات ملكه لها، فإن أثبت أنه ساكن فيها سمرها؛ سكنها بكراء أو عزو.

قُلتُ: فظاهره: أنه لا يحكم على المتواري بالبلد، وفي ترجمة ما يحتمل عليه القاضي

في إنفاذ الحكم إن أراد الإعذار للمطلوب؛ لم يمكنه ذلك، كتغيبه بموضع يمنع فيه من الخروج أنه ثبت عند القاضي أنه بذلك الموضع؛ فعليه أن يستعين بالسلطان بأن يبعث إلى الخصم من يخرجه إلى حيث ينتصف منه، وقال بعضهم: إن امتنع بموضع أمر السلطان بتثقيف ذلك الموضع إن لم يوصل إليه، وضيق عليه حتى يخرج، وإذا خرج؛ عوقب على امتناعه، فإن طال أمره، وأضر ذلك برب الحق أمر بالدخول عليه بهدم أو غيره، وإن لم يمتنع الدخول عليه إلا أنه مختلف بالموضع الذي هو به أمر السلطان من يثق به من أهل السماع بأن يعزل النساء إلى ناحية، ويفتش الموضع الذي يطمع أنه فيه، فإن أعيا السلطان أمره، ولم يجده؛ سمع بينة الطالب، وقضى له عليه، وكذا المرأة، وكيف يصح ما نقله ابن شاس عن سَحنون من الحكم على من توارى على ما نقله الشَّيخ وغيره عنه: أنه لا يحكم قاضي القيروان على من بصقليَّة حتى يكتب إليه، ويعذر إليه إلا أن يفرق بتعذر الإعذار إليه، وقد يؤخذ ما نقله عن سَحنون من نقل الشَّيخ عن أَصْبَغ ما نصه: يقضي على الغائب، ولو قربت غيبته إلا أن يقرب جدًا بحيث يبلغه الكتاب بغير ضرر على الغرماء، فيكتب إليه يعلمه بما ثبت عنده، ويأمره أن يقدم، فإن لم يقدم؛ باع عليه، وقضى غرماءه، فإن قدم وجاء بما يزيل عنه الحق؛ مضى البيع، وأتبع بالثمن من أخذه.

وفي سمَاع أشهب: كتب مالك إلى ابن غانم: وسألت عمن أوقع عندك البينة على رجل حاضر في أرض بيده، فهرب بعد وقوع البينة عليه، فأرى إن كان خاصمه عندك، ووقعت عليه البينة بما يحق له الأرض، ثم هرب أن يقضي لمدعيها.

ابن رُشْد: إن هرب بعد استيفاء حجته فرارًا من القضاء عليه؛ حكم علي وعجزه، ولا قيام له إن قدم بحجة كما لو قضي عليه وهو حاضر، ولو تغيب قبل أن يستوفي حجته؛ فالواجب في ذلك أن يتلوم له، فإن لم يخرج وتمادى على مغيبه وإخفائه؛ قضى عليه.

وقول ابن الحاجب: وقال ابن عبد الحَكم: إن كان له بالبلد مال أو حميل أو وكيل وإلا نقلت الشهادة هو نقل الشَّيخ عنه ما نصه قال: لا يجوز للقاضي أن يحكم على

غائب عن البلد الذي ولي الحكم بين أهله، ولا مال له بها إنما يحكم على رجل حاضر البلد، أو على مال له بذلك البلد أو حميل أو وكيل، وغير ذلك ليس له أن يحكم عليه؛ لأنه لم يول الحكم بين جميع الناس؛ إنما ولي على أهل البلد خاصة، ولكن تنقل الشهادات إلى غيره من القضاة.

قُلتُ: ظاهره: لو كان غائبًا عن بلد القاضي بموضع للقاضي ولاية عليه أنه يحكم عليه لا بقيد ما ذكر.

وقد تقدم ما أشرنا إليه من اختلاف نقل المازري عن المذهب: أن القاضي يحكم على الغائب بالحق عليه، وإن لم يكن له ببلد الحاكم مال ولا غيره، خلاف ظاهر سماع عيسى ابن القاسم، فعلى طريقة المازري؛ يكون قول ابن عبد الحَكم خلافًا، وعلى ظاهر سماع عيسى لا يكون خلافًا.

ابن عبد السلام: ما شرطه من حضور الوكيل لا يظهر له كبير فائدة؛ لأنه إن كان للمدعي عند الوكيل مال؛ فالمال وحده كاف، وإن لم يكن؛ فلا معنى لنزاعه معه إلا أن يكون الوكيل مفوضًا إليه يلزمه الموكل إقراره.

قُلتُ: يرد بأنه قد يكون الوكيل لا مال له تحت يده لموكله المذكور ببلد القاضي، وتحت يده له مال بيد آخر، وقد يكون للطالب بينة بحقه؛ فلا يفتقر؛ لكونه مفوضًا إليه؛ ليلزم إقراره، والفائدة: تنجيز حكم الحاكم له بحقه.

وفي سماع أشهب: سألته عن من مات، وترك زوجة بيدها ماله ورباعه، وله أخ غائب، فقام ابنه وأراد أن يثبت أن كل المال الذي بيدها لعمه ليس لها منه شيء قال: وأنا وارث أبي، ولا وكالة له من قبله، ويقول: أنا أثبته لا تدفعوه لي، ودعوه بيد غيري أو يقوم بذلك أجنبي عن الغائب، فقال: أرى ذلك للابن، ولا يدفع له المال، ويوضع على يد عدل، وأما غير الابن؛ فلا أدري ما هذا.

ابن رُشْد: وكذا الأب فيما ادعاه لابنه وقع ذلك في الجدار.

وفي الواضحة ذلك في الأب أوضح منه في الابن: ولم يجز ذلك لمن سواهما من القرابة على ماله في الرسم الذي بعد هذا.

وفي رسم الكبش من سماع يحيى غير أنه زاد فيه: أنه يمكن من إيقاع البينة، وإثبات الحق لا أكثر، فليس ما في رسم الكبش بمخالف لما في هذا السماع، وحمله بعض أهل النظر على خلافه غير صحيح، فإذا ثبت ذلك للغائب، وضع له بيد عدل، فإن جاء وادعاه أخذه بغير يمين ربعًا؛ كان أو غيره، كما لو كان حاضرًا، فنازعته زوجته، فأقام بينة عليه بخلاف ما يدعيه، وهو بيد غيره لا يستحقه إلا بعد يمينه أنه ما باع، ولا وهب حاش الأصول على اختلاف فيها، فإن أقر أنه لا حق له في ذلك رد للمرأة إلا أن يكون مدينًا بها يستغرق ماله، وإن كان قبل قدومه، ورث عنه، وإن أقام غرماؤه فيه؛ قبل قدومه أعدوا فيه، وقضى لهم فيه، ففي قصر القيام عنه دون توكيل منه على ابنه وأبيه وعمومته فيهما، وفي الأجانب ثالثها: يمكنون من إقامة البينة لا الخصومة، ورابعها: لا يمكن واحد منهما، وخامسها: يمكن منهما الأب والابن فقط، ويمكن غيرهما، والأجنبي في العبد والدابة والثوب؛ لفوتها، وتغيرها لا فيما سوى من ذلك من دين وغيره لهذا السماع مع سماع يحيى وسَحنون قائلاً: يوكل القاضي من يقوم للغائب بحقه، وأول رواية لا يقوم عن غائب أحد بغير وكالة، فإنه فيما طال من الزمان، ودرس فيه العلم مع أحد قولي ابن الماجِشُون وغيرهما، والأخوين وابن حبيب عن مُطَرِّف، وعلى القول بالقيام عنه في كونه في قريب الغيبة وبعيدها، وقصره على قريبها قولان لظاهر هذا السماع مع أبي زيد عن ابن الماجِشُون وسَحنون مع ابن حبيب عن رواية مُطَرِّف قال: ولو لم يقم القائم على الغريم بحق الغائب إلا شاهدًا واحدًا؛ حلف الغريم، وبرئ إلى قدوم الغائب إن قدم حلف مع شاهده، وأخذ حقه، وإن نكل؛ فلا شيء له، وإن نكل الغريم عن الحلف؛ نزع منه الحق، ووقف للغائب إن قدم أخذه دون يمين كصغير أو سفيه قام له بحق شاهد واحد، قال: ولو كان المطلوب مقرًا بالدين ترك، ولم يعرض له قريب غيبته الأب أو بعدت، وقول مُطَرِّف هذا في الدين هو نحو قول سَحنون فمن غاب في سفره، وترك ماله أو عقاره بيد أحد لا يعرض له السلطان: ولو لم يتركه بيد أحد، فأخذه رجل انتزعه القاضي منه، ووكل عليه، ولا يمكن أهل العداء من عداهم.

وقال ابن كنانة: ذلك إلى اجتهاد السلطان.

ابن رُشْد: إنما لا يعرض السلطان لمن غاب، وترك ماله بيد رجل أو دينًا له قبله، وإن سافر كما يسافر الناس، وإن طالت غيبته، وانقطع خبره؛ فالسلطان ينظر له، ويحوز عليه ماله على ما وقع في كتاب طلاق السنة من المدَوَّنة.

وقول سَحنون: إذا لم يكن المال بيده بخلافه أن السلطان ينتزعه منه، ويوكل عليه هو على أصله أن الأجنبي يمكن من المخاصمة عن الغائب دون توكل.

قُلتُ: في جعله قول سَحنون خلافًا لما ذكره ابن رُشْد نظر؛ لأن سَحنونا إنما قال: ينتزعه السلطان ممن علم أنه وضع يده عليه عداء.

ابن فتوح: ما ثبت للغائب من عقار بيد من يدعيه لنفسه، لا ينتزعه منه، ولا يقطع ما أحدث عليه من عيب أو اطلاع؛ إنما يشهد على ثبوت ذلك فقط؛ لأنه إذا قدم قد يقر المقدم عليه، أو يرضى بما أحدث عليه، ولو أقر من بيده العقار أنه للغائب؛ أخرجه السلطان من يده، ووقفه بيد غيره، ويقطع الضرر عن ملك الغائب إن أقر عليه من قيم عليه بإحداثه عليه في مغيبه.

وفي ثاني نكاحها: يباع على الغائب عروضه في نفقة زوجته، وكذا إن كان للزوج ودائع وديون؛ فرض لها فيها نفقتها، ومن جحد ممن له عليه دين؛ فللمرأة خصومته وإقامة البينة عليه، وكذا من له على الغائب دين؛ له ذلك.

المتيطي: إن سأل المحكوم له على الغائب تنفيذ حقه من مال قاض بيد رجل وديعة للغائب، فإن أقر من ذلك بيده أنه للغائب؛ حكم له به هذا القول المعمول به، وحكى ابن اللباد عن سَحنون: أنه لا يقضي دينه من المال المستودع، ونحوه في كتابه لابنه في أجوبته لشرحبيل، وقاله ابن عبد الحكم، وابن الموَّاز، وابن سَحنون في هذا الأصل ذكره الشَّيخ عنهم في نوادره وأبو عمر: إن هذا هو القياس؛ إذ لو حضرها الغائب، وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل، ولأنه يقول: ليست لي، ولا للمقر، وهي لغيرنا، فإقراره مقبول ما دام قائم الوجه.

قُلتُ: انظر قوله: ما دام قائم الوجه؛ ظاهره: أنه إن أفلس؛ لم يقبل قوله، ومقتضى

الأصول أنه إن ثبت أنه أودع المال؛ فالأمر كما قال، وإن لم يثبت إلا بقول من بيده؛ قبل قوله ولو فلس؛ لأنه لم يثبت له بعد.

المتيطي: إن اتسع نظر القاضي، وأقطار مصره متباينة؛ لم يرفع الخصم إلى مصره إلا فيما قرب من الأميال اليسيرة؛ لأن ما بعد يشق على الناس، ويقدم في الجهات البعيدة حكامًا هذا مشهور المذهب، ومنعه ابن عبد الحكم إلا بإذن الإمام.

ابن فتوح: إن سأل طالب القاضي أن يرفع مطلوبه لمجلس القاضي، فينبغي للقاضي إن كان قريبًا أن يأمر غلامه الذي له الأجرة من بيت المال بالمسير عنه، فإن لم يكن له في بيت المال أجرة.

قال أحمد بن سعيد: يدفع له القاضي طابعًا يرفع به خصمه، فإن لم يرتفع؛ جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً؛ إذ رفع المطلوب ممن يلزمه، فإن لم يفعل القاضي ذلك؛ فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب عونًا يأتيه بالمطلوب إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب، ودعاه للقاضي فأبى، أو منعه حقًا يقر به ويمطله فيه، فيغرم المطلوب أجرة العون لا الطالب.

وقال محمد بن عمر: لا نعلم ذنبًا يوجب استباحة مال مؤمن إلا الكفر وحده.

قُلتُ: القول الأول: هو قول ابن العطار: فتعقبه عليه ابن النجار؛ وهو محمد بن عمر، وقال: قول ابن العطار خطأ، وترد تخطئته بأن الظلم الذي لا يوجب استباحة مال الظالم هو الظلم الذي لا يؤدي إلى إتلاف مال على المظلوم، وأما إن أدى إليه؛ فلا يبعد إغرامه، كما قالوا فيمن منع آلة تذكية عمن اضطر إليها حتى مات: ما افتقر إلى تذكيته بها.

ابن فتوح: قال محمد بن أحمد: فإن ثبت عند القاضي تغيب المطلوب؛ طبع عليه باب مسكنه بعد أن يعين المسكن ثقاة جيرانه عند ثقاة القاضي، وهو خير من التسمير عليه، فإن رأى التسمير لا الطمع؛ فليثبت عنده أنها دار المطلوب، ويخرج ما في المسكن من حيوان، وقيل: إن تبين للقاضي لدد المطلوب؛ حكم عليه.

المتيطي: وإن لم يتفق في بعض الجهات البعيدة تقديم حاكم؛ فلا يرفع من فيه إلى

المصر إلا بشبهة قويَّة كشاهد عدل.

قال في مسائل حبيب: لا شخصًا لا شاهد عدل؛ أن له عليه حقًا، ولا يقبل قول المطلوب في ذلك، وإن كان عنده عدلاً، وكان سَحنون يؤدب الخصم إذا رفع خصمه إليه بغير طابع يدفعه إليه.

وقال في موضع آخر: إن جاء الطالب وبه جرح؛ فهي شبهة توجب الدفع.

ابن أبي زَمَنَيْن: من سير حكام العدل: أن يرفع الطالب طالبًا يرتفع به المطلوب إن كان بمصر الحاكم، وعلى أميال يسيرة، وإن رأى أن يرسل فيه من أعوانه فعل، وإن بعد؛ كتب برفعه.

قُلتُ: ظاهره: وإن لم يأت بشبهة.

قال: ولأَصْبَغ في الواضحة: إن استعدى الخصم للقاضي على خصمه النائي، وسأله أن يكتب له فيه كتب إلى أهل العدل أن اجمعوهما للتناصف، فإن أبيا؛ فانظروا في أمرهما، فإن رأيتم للمدعي وجهًا لحقه؛ لم يرد به تعنيته، فارفعوه لنا معه، وإلا فلا ترفعوه، ولهذا إن كان بحيث لا مؤنة في القدوم على المدعى عليه معه، ولا على الشهود، وإن بعد المكان من موضع القاضي؛ فلا يكتب برفعه، وليكتب لمن يثق بفهمه ودينه من أهل ذلك الموضع أن ينظر في جميع أمرهما، ويسمع بينتهما، ثم اكتب لنا بما ثبت عندك، ورأيته لننظر فيه، فإن نظر في ذلك، وخاطبه بما ثبت عنده، فإن رأى أن يكتب له بإنفاذ الحكم؛ فعل، وإن رأى رفعهما إليه لإنفاذ ما ثبت عند المكتوب إليه؛ فعل، ولا يشخص البينات.

قال سَحنون: فإن عصى المدعي عليه، ولد أمر بعقل ضياعه، وسد بابه ليضطر به بذلك إلى الارتفاع.

قُلتُ: انظر هذا مع نقل ابن شاس عنه المتقدم: أنه يحكم عليه بمجرد تواريه.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: من استعدى الحاكم على من معه بالمصر، أو قريبًا منه؛ أعطاه طابعًا في حملته أو رسولاً، وإن بعد من المصر؛ لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهد، فإن ثبت عنده؛ كتب لمن يثق به من أمنائه؛ إما الصفة، وإلا فليرتفع معه، والقريب من

المدينة كمن يأتي، ثم يرجع يبيت في منزله، والطريق آمنة يرفع بالدعوى كمن بالمصر.

المازري: يبعد عن المرأة في خصامها من لا خصومة بينه وبينها، وإن كانت شابة لها جمال بخلاف إن تكلمت، فسمع كلامها أن يشغف بها، أمرت أن توكل من ينوب عنها، ولا حق للخصم في إحضارها مجلس القاضي، وإن احتيج إلى أن أبعث إليها بدارها تخاطب من وراء ستر من يبعثه القاضي إليها ممن يؤمن لشيخوخته، ودينه، وورعه، وتكلفه الحكومة في أمرها؛ فعل ذلك، وقد حضرت الغامدية إلى النبي ﷺ حتى أقرت بالزنا، فأمر برجمها، وقال في المرأة الأخرى: واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت؛ فارجمها، فلم يأمر بإحضارها، وسماع ذلك منها شفاها، ويمكن أن يكون فرق بين المرأتين، كما أشرنا إليه من كون التي بعث إليها لا يحسن خطابها بملأ من الناس.

وقول ابن الحاجب: ولا يلزم من يزري بها مجلس الحاكم أن تحضر لتحلف، ولو كانت تتصرف، ويبعث الحاكم من يحلفها، فإن كان فيما له بال؛ ففي المسجد ليلاً هو اختصار قول ابن شاس: المخدرة لا تحضر مجلس الحكم لتحلف في اليسير؛ بل يبعث الحاكم إليها من يحلفها؛ والمخدرة هي: من يزري بمثلها حضور مجالس الحكام، وإن كانت تتصرف، وتخرج إلى غير ذلك، وما له بال تخرج فيه إلى المسجد ليلاً.

ابن عبد السلام: تحلف فيما لا بال له حيث ذكر المؤلف، ولو كان أزيد من ربع دينار، وشرطه ذلك لمن يزري بها حضور مجلس القاضي، وهذا يظهر إن كان حلفها بمجلسه، وإن كان بناحية عن مجلسه؛ فربما لم يزر بها.

قُلتُ: ظاهر قبول نقله عن المذهب قصر حلف المرأة في بيتها على التي يزري بها حضور مجلس الحاكم، وظاهر نقل المتقدمين خلافه، وأنه عام في مطلق المرأة أو بقيد؛ كونها ليست كالرجل، وكونها ليست كالرجل هي أعم من المخدرة المذكورة.

قال الشَّيخ: روى ابن القاسم: تخرج فيما له بال، فمن كانت تخرج نهارًا؛ أخرجت نهارًا وإلا أخرجت بالليل، وقال في كتاب محمد مثله.

قُلتُ: لمحمد أفي ربع دينار؟ قال: لا إلا في الشيء الكثير الذي له بال، ومن هي

كالرجل تخرج تحلف بالنهار بالمسجد الجامع في ربع دينار.

وفي الواضحة: تسوية الرجل بالمرأة مطلقًا في خروجها للحلف بمحله في ربع دينار فصاعدًا، وما قصر عنه يحلف الرجل فيه حيث قضي عليه باليمين، وإن لم يكن بالمسجد؛ قال: وتحلف المرأة في بيتها، ويجزئ القاضي في ذلك بعث واحد لتحليفها.

قال المازري: وقد قال القاضي عبد الوهاب في التي هي من أهل الصون والقدر يبعث القاضي من يستحلفها؛ لأن المدعي إنما حقه في حلفها لا في ابتذالها، وهتك حرمتها، وابن شاس في عبارته تابع للغزالي لا لما ذكرناه من ألفاظ أهل المذهب.

قال الغزالي في الوجيز: المخدرة لا تحضر في مجلس الحكم؛ بل يبعث إليها القاضي من يحلفها، وفي وجه آخر: يلزمها الحضور، قيل: المخدرة التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة، وقيل: هي التي لا تخرج للعزاء والزيارة إلا نادرًا، وما وقعت لأحد من أهل المذهب على اعتبار لفظ المخدرة إلا ما وقع للمازري ما نصه: والمشهور اعتبار ربع دينار في المرأة كالرجل، وقيل: لا تستحلف إلا في الكثير مما باله بال، وأشار بعض العلماء إلى تردد في سقوط تحليف المخدرة في المسجد، فانظر هذا مع جزم ابن الحاجب وابن شاس في نسبة سقوطه للمذهب، وإن قيد ذلك باليسارة.

قُلتُ: ففي كون حلف المرأة في بيتها بكون المحلف فيه ليس ذا بال دون اعتبار حالها، أو بكونها من أهل القدر والصون دون اعتبار الأول ثالثها: بالأول، وكونها ممن يزري بها حضور مجلس القاضي.

للمازري عن تقابل المشهور مع الشَّيخ عن ابن القاسم مع محمد قائلاً: من هي كالرجل، والمازري عن المذهب، وابن الحاجب، وابن شاس عنه.

قال ابن عبد السلام: إلغاء المؤلف تصرفها لنفسها في جوابها، ولم يره سببًا في حلفها في الجامع، والذي مشى عليه العمل أن من تخرج نهارًا في جوابها تحلف في الجامع نهارًا، ومن لا تخرج نهارًا؛ تحلف في بيتها، أو في الجامع ليلاً، وقاله بعض الأندلسيين.

قُلتُ: قوله: ومن لا تخرج نهارًا في بيتها، أو في الجامع ليلاً؛ ظاهره: أنها مخيرة فيهما

ولا أعرفه؛ بل قول الشَّيخ عن ابن سَحنون عنه أنه قال في امرأتين ادعي عليهما في أرض، أو دور، ممن لا تخرج، فأمر أن يخرجا بالليل للجامع، فسألناه أن يحلفهما في أقرب المساجد منهما لمشقة خروجهما للجامع، فأجاب كذلك: وتمامها في فضل محل الحلف.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: إن مست يتيمًا حاجة، وله رباع في ولاية أخرى كتب بحاجته، وقضي ببيع أقلها؛ ردًا عليه، وتنفيذه لثمنه.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة بلفظ كتب بحاجته، وقضي ببيع أقلها؛ ظاهره: أن القاضي يكتب، ويقضي ببيع الربع، وهذا الظاهر واضح البطلان، وعود ضمير قضي على غير ما يعود عليه ضمير كتب تفكيك، وفي قراءتها على ما لم يسم فاعله إجمال، ولفظ ابن شاس جارٍ على الأصول؛ لأنه عبر بقوله: يكتب إلى الغير؛ لعلمه بحال الطفل وحاجته، ويقتضي منه بيع ماله إلى آخره، فأتى بلفظ يقتضي لا بلفظ قضي، وهذا الفرع بعينه، وشخصه لا أعرفه من غير ابن شاس إلا لابن حبيب عن أَصْبَغ: ولا يجب انحصار الحكم في ذلك؛ بل للقاضي أن يقدم نائبًا من بحجوره ببلده يخرج، أو يوكل من يخرج كالوصي على يتيمه من يبيع من ربع المحجور ما ذكر على الصفة المذكورة، والأول أرجح؛ لأنه لا يتقرر البيع بموت القاضي المكتوب إليه؛ لأن من يلي بعده مثله بخلاف موت الوكيل.

وزاد في الواضحة:لو مات ببلد قاض من ترك به مالاً، وذكر أن وارثه ببلد آخر لحق على قاضي بلد الميت إن كان الوارث ببلد بعيد جدًا بعثه المال لقاضي بلد الوارث؛ ليفعل فيه واجب، وإن لم يبعد جدًا حبسه، وكتب له بالقصة ليسأل عن ورائه، فيعلمه بذلك ليفعل واجب إرثه فيأخذه، فإن جهل القاضي، وأرسل المال؛ لم يضمنه إن ضاع.

وللشيخ عن أَصْبَغ عن ابن القاسم: إن ادعى على صبي لا وصي له بشيء قبله أو في يديه؛ لم يوكل له وكيل يدافع عنه.

أَصْبَغ: وأرى أن يوكل له وكيلاً يتولى من النظر له ما يتولاه وصيه في ماله ونفسه

والذب عنه، وإنما يكره أن يوكل عليه وكيلاً لهذه الخصومة وحدها؛ لم يعزله.

قُلتُ: قال فضل في اختصار الواضحة: إثر ذكره ما تقدم عن أَصْبَغ قول ابن الماجِشُون في ديوانه كقول أَصْبَغ حرفًا بحرف.

قُلتُ: قوله: قبله؛ يريد: بجناية منه لا بمعاملة؛ لأنها لا تتعلق به.

☙ ❧

كتاب الشهادات

الشهادات: ابن عبد السلام: لا حاجة لتعريف حقيقتها؛ لأنها معلومة[1].

---

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ: عن شيخه: الشَّيخ ابن عبد السلام أنه لا حاجة لتعريفها؛ لأنها معلومة هذا الكلام من الشَّيخ عبد السلام، تقدم له نظيره، ورد عليه الشَّيخ ﷺ بأن المعلوم وجود مثل ذلك لا تصوره، وهنا رد عليه بما ذكر عن القرافي من كونه سأل الفضلاء سنين عن معرفة الشهادة.
قال الشَّيخ: وهذا فيه منافاة لقول ابن عبد السلام لا حاجة لتعريفها، ثم أتى الشَّيخ: بكلام القرافي وحاصله معنى أنه قال: أقمت ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية، وأسأل الفضلاء عنه فيقولون: الشهادة يشترط فيها العدد والذكوريَّة والحريَّة بخلاف الرواية فأقول لهم اشتراط ذلك فرع تصورها فلو عرفت بأحكامها لزم الدور، ثم قال: ولم أزل في شدة قلق حتى طالعت شرح البرهان للمازري فوجدته قد حقق ذلك وميز بين الأمرين فقال: هما خبران غير أن المخبر عنه إن كان عامًا لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله ﷺ: «الأعمال بالنيات»، وغير ذلك فإن ذلك لا يختص بشخص معين بل هو عام في الخلق بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينار، فإنه إلزام معين لا يتعداه، والأول هو الرواية، والثاني هو الشهادة، ثم أورد بعد ذلك سؤالًا قال: ما قررته من أن الشهادة حقيقتها التعلق بجزئي، والرواية حقيقتها التعلق بكلي منقوض، فقد تتعلق الشهادة بكلي لا يطرد ولا ينعكس.
أما الشهادة المجمع عليها من غير اجتماع شبه الرواية فقد تقع في الأمر الكلي العام الذي لا يختص بأحد كالشهادة بالوقف على الفقراء، وكون الأرض عنوة أو صلحًا، والرواية تتعلق بالأمور الجزئيَّة كالإخبار عن النجاسة في الثوب أو الماء، وأوقات الصلاة وأجاب عن الأول بأن العموم في الشهادة بالعرض والمقصود الأول إنما هو الجزئي؛ لأن المقصد بالوقف إنما هو الموقف لينزع من يده المال، وكون الموقوف عليه غير معين لا يقدح، وأما الأرض العنوة فلم أر نصًّا لأصحابنا فيها، وأمكن أنه من باب الخبر لعدم الاختصاص في المحكوم عليه، وأما الرواية فجوابه أن الإخبار عن نجاسة الماء المعنى إنما هو باعتبار وصفه من حيث إنه صفة كليَّة لا باعتبار ذاته المخصوصة، ولذا كان كل ماء مماثل له في الصفة التي حكم عليه بالنجاسة مماثلا له في الحكم بنجاسته هذا معناه باختصار مما لا يحتاج إليه في الرد عليه.
قال الشَّيخ - رحمه الله ورضي عنه-: وكان بعض شُيُوخ بلدنا يتعقب قول القرافي: أقمت مدة... إلخ.
قال: والفرق مذكور في أيسر الكتب المتداولة بين مبتدئي الطلبة، وهو التنبيه لابن بشير ثم أتى بكلامه قال: وكذلك كان يتعقب عليه حكايته عن نفسه في الفرق بين علم الجنس، واسم الجنس

بأنه مذكور في الجزوليَّة هذا الذي ذكره: هنا وذكر في أصله زيادات.

(قُلتُ): وللشيخ الإمام سيدي أبي عبد الله محمد بن مرزوق: تعقب على المتعقب على القرافي في الطرف الأول ألحقته بآخر الشهادات؛ فتأمله هناك بعد، وأما ما أشار إليه في علم الجنس واسم الجنس فأما الأحكام اللفظيَّة فإنهما يشتركان في جميع لوازم العلميَّة مثل أسد وأسامة، وأما من جهة المعنى فأما علم الجنس فقيل: معناه كالنكرة، ولا فرق ولم يرتض ذلك الحذاق؛ لأن التفاريق اللفظيَّة تدل على التفريق في المعنى، وقيل: بالفرق بينهما والقائل اختلف في كيفيته؛ فقيل: إن الوضع في النكرة إنما هو لفرد له أمثال والوضع في أسامة لمعنى الماهيَّة التي لا يمكن تعدادها فالأول وضع فيه للأسد، ولما يماثله من أفراده والثاني موضوع لمعنى الأسدية.

وقيل: إن الوضع في الجميع للماهيَّة إن أخذت مطلقة؛ فذلك معنى النكرة، وإن أخذت مقيدة بشرط استحضارها في الذهن فذلك معنى علم الجنس، وقد استوفينا البحث والجمع في تقييد لنا في ذلك في غير هذا.

قال الشَّيخ - رحمه الله ورضي عنه-: وما ارتضاه القرافي من كلام المازري من أن الشهادة الخبر المتعلق بأمر جزئي، والرواية الخبر المتعلق بأمر كلي مردود بأن الرواية تتعلق بالجزئي كثيرًا فرسمه غير جامع كحديث قول النبي ﷺ: «يخرب الكعبة ذو السويقتين من الحبشة»، وحديث تميم الداري الذي فيه حديث الدجال إلى غير ذلك من الأحاديث المتعلقة بأمور جزئيَّة.

قال: ولذا تجدهم يقولون اختلف في القضايا العينيَّة هل تعم أم لا؟

وكذلك آية أبي لهب، ولا يقال: كيف صح للشيخ أن يورد مثل ما ذكر نقضا على العكس، وقد ذكر القرافي الجواب عن سؤال قدمناه قريبًا من هذا؛ لأن له أن يقول جوابه المتقدم لا يصح وجوده عن هذه الأمور المعينة؛ لأن المقصد في الإخبار هنا الذات المخصوصة.

(فإن قلت): ما موقع كلام الشَّيخ في قوله: (ولذا تجدهم...) إلخ.

(قُلتُ): ذكره دليلًا لقوة النقض على العكس؛ لأنهم لما قالوا القضايا العينيَّة في الإخبار فجعلوا متعلق الخبر قد يكون معينًا وسلموا ذلك، وكان يمشي لنا في المجالس أن يقال كيف يصح قولهم القضايا العينيَّة هل تعم وكيف يقبل التعين العموم، وهو مناف له فلا يصح الحكم بذلك بل التعيين يقتضي الخصوص لا العموم ووقع الجواب بأن ذلك لا بد فيه من مسامحة، ومعناه مثلًا في مثل الرجل الذي كان في الحج وقص عن راحلته، وأنه يبعث ملبيا فهل يقال ذلك خاص به مقصور عليه أو إن الحكم المذكور لا يختص به بل كل من وقع له مثل ذلك يشاركه في حكمه، ثم إن الشَّيخ حقق الفرق بين الشهادة والخبر.

قال: والصواب أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه.

قول الشَّيخ: (قول) القول في اللغة معلوم ما فيه، وأنه أعم من الكلام والكلمة والكلم والخبر أخص منه؛ لأنه أخص من الكلام الذي هو أعم من الخبر وأخص من القول.

(فإن قلت): لأي شيء لم يذكر الجنس الأقرب، وهو الخبر وهو أقرب إلى الشهادة من القول.

(قُلتُ): لعله لما وقع في الحديث قول النبي ﷺ: «ألا وقول الزور ألا وشهادة الزور» أدى إلى أن القول شرعًا غلب في الخبر في الشهادة، وفيه ما لا يخفى، والأظهر أنه إنما عبر بذلك لأجل أنه أدخل الشهادة قبل الأداء، وهو قول لا خبر؛ لأنه من كلام النفس، ولا يقال لا يصح أن يصير الخبر جنسًا للشهادة والخبر؛ لأن الشيء لا يكون جنسًا لنفسه؛ لأنا نقول الخبر مشترك فالجنس هو الخبر المقابل للإنشاء، وهو يعم الشهادة وما يقابلها، وهو المسمى بالخبر فالخبر له معنيان أعم وأخص، وهو جلي.

قوله: (هو بحيث) جملة اسميَّة صفة للقول، وإنما عبر بذلك وأتى بالحيثيَّة ليدخل فيه الشهادة قبل الأداء، والشهادة غير التامة كما قال الشَّيخ: لأن الحيثيَّة لا توجب حصول مدلول ما أضيفت إليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة أشار إلى قولهم لفظ بحيث إذا أطلق دل ولم يقولوا لفظ دال، وقد بين ذلك في مختصره المنطقي وغيره فقال في الدلالة كون اللفظ بحيث إذا أطلق دل، وتأمل بحثه مع الكاتبي.

وقوله: والحق أن الحيثيَّة كالمادَّة والفهم كالغاية فالشهادة قبل الأداء لها حيثيَّة يكون معها ما ذكر كما ذكر الشَّيخ لا أن المراد بها الأداء فعلا.

قوله: وغير التامة ليدخل به الشهادة التي لم تؤد؛ لأن الحيثيَّة المذكورة لا تمنعها ويأتي حد الأداء والتحمل والأول يرجع إلى إعلام الشاهد القاضي بما علمه والثاني العلم بما يشهد الشاهد به.

قوله: (يوجب على الحاكم) يخرج به الراوية والخبر القسيم للشهادة، ولم يقل القاضي؛ لأن الحاكم أعم من القاضي لوجوده في التحكيم والأمير وشبه ذلك.

قوله: (إن عدل قائله) شرط في إيجاب الحكم والجملة حال أخرج بها مجهول الحال.

قوله: (مع تعدده) أخرج به إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيًا آخر، فإنه يوجب عليه الحكم بمقتضاه لكن لا يشترط فيه تعدد أو حلف.

(فإن قلت): إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيًا آخر ذكر المازري خلافًا بين العلماء في معناه هل هو كنقل شهادة عن شهادة أو كالقضيَّة المنفذة، ويكون الثبوت حكما يمنع القاضي الآخر من الاجتهاد في ثبوت البينة، وإذا صح ذلك فقول الشَّيخ: فيخرج إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيًا آخر بما كتب إليه لعدم شرطه فالتعداد أو الحلف كيف يصح؛ لأنه إن كان ذلك يرجع إلى النقل في الشهادة فلا يخرجه بل يجب دخوله كأنواع النقل فيها، وإذا كان كالقضيَّة المنفذة فيرجع ذلك إلى حكم الحاكم فكيف يدخل تحت الجنس ثم يخرج.

(قُلتُ): الجواب عن ذلك أن القائل، وإن قال: فإن ذلك يشبه بنقل الشهادة لا يسمى إخبار القاضي نقلًا، وإنما يقال إخبار القاضي بالثبوت حكمه حكم بنقل الشهادة؛ لأن القاضي المنقول إليه ذلك له الاجتهاد في صحة الثبوت المعلم به.

(فإن قلت): إذا كان حكمه حكم النقل فكيف يصح ذلك، ولازم النقل التعداد في النقل.

(قُلتُ): قال المازري: الأصل ذلك لكن لما كان منصب القضاء له حرمة فاكتفى بواحد، وإذا قلنا بأنه كالقضيَّة من القاضي فلا يمنع دخول ذلك تحت جنس القول؛ لأن الحكم قيل فيه إنه قول من قاض يصحبه خبر، وقد ذكر الشَّيخ: في كتاب القضاء أن قول القاضي ثبت كذا مخاطبًا به لقاض آخر هل هو بمنزلة المقضي به أم لا؟

قال: الحق أنه اختلف فيه على قولين، ولم يظهر لنا القول بأنه حكم في المقضي به حيث استدل بكلام ابن رُشْد؛ فتأمله، وانظره، وانظر بحثه مع شيخه، والله أعلم.

(فإن قلت): ما سر كونه قال: قول يوجب على الحاكم، ولم يقل على القاضي.

(قُلتُ): الحاكم أعم من القاضي؛ لأن المحكم لا يقال فيه قاض كما تقدم والشهادة موجبها ثابت عنده.

(فإن قلت): قوله: (إن عدل قائله) هل معناه إن نسب التعديل إليه أو علم حاكمه بعدالته، فإن كان الأول فكيف يجب ذلك على الحاكم، ولم يثبت عنده، وإن كان الثاني فمن علم عدالته فكيف يقال فيه عدل عنده.

(قُلتُ): يظهر أن معنى قوله: (عدل قائله) نسب إلى العدالة، ومعنى الكلام أن التعديل نسب إلى القائل عند الحاكم نفسه، وهذه الحيثيَّة المذكورة شأنها أن توجب على الحاكم الحكم بمقتضاه.

(فإن قلت): قد قسم الفقهاء الشهادة إلى أقسام أحدها ما ليس بمال، ولا يئول إلى مال، وهو ما لا يظهر للرجال كالعيوب في النساء والولادة، وقالوا: إن المرأتين كافيتان من غير يمين فهل هو داخل في الحد؟

(قُلتُ): ذلك شهادة شرعيَّة داخل تحت قوله مع تعدده.

(فإن قلت): القاضي إذا ابتدأ بالسؤال فهي شهادة عامة، ولا يشترط فيها تعداد حتى من رجل واحد.

(قُلتُ): ذلك عندهم ألحقوه بالخبر، وفيه نظر لا يخفى عليك.

(فإن قلت): قوله: (إن عدل) قائله كيف يصح مع القول بشهادة الصبيان في الجراح.

(قُلتُ): ذلك رخصة والتعريف للحقيقة الشرعيَّة، وما عرض فيها لمانع أو رخصة لا يعارض ذلك، والله سبحانه أعلم.

وبعد أن ذكرت ما في رسم الشَّيخ ﷺ في الشهادة وجدت كلامًا للشيخ العالم العامل سيدي أبي

عبد الله محمد بن مرزوق: في شرحه على مختصر خليل قال بعد كلام ذكره في الشهادة وذكر حدها شيخنا الإمام ﷺ قال: وحد الشَّيخ الذي صوبه غير مطرد لدخول الخبر الموجب سماعه حكما على الحاكم فيه عند من يشترط العدد كالجبائي قال: وكذلك يدخل فيه ما يوجب ذلك من الخبر المتواتر لاشتراط العدد فيه عند الجميع.

(قُلتُ): هذا بعيد إيراده إذا تؤمل رسمه إنما هو للحقائق الشرعيَّة المالكيَّة.

قال: وجده أيضًا غير منعكس لخروج شهادة الشاهد الواحد بأن هذا الشيء لفلان، فإنه يثبت له به وضع القيمة والذهاب لتشهد البينة على عينه، وليس فيه تعدد، ولا يمين.

(قُلتُ): مضى لنا أن هذا فيه نظر؛ لأنه لم يقع الحكم بمقتضى ما شهد به، وإنما أوجب ذلك لطخا، وكذلك البحث فيما ذكر بعده من الشاهد في الطلاق والرضاع، وكذلك الشاهد بالطلاق، فإنه يوجب يمين الزوج بلا تعدد ولا يمين طالب، وكذلك في الرضاع قال: ويخرج عندنا ما لا يقبل من الشهادات لفسق لقوله: (إن عدل) قائله فإنها تسمى شهادات شرعًا إذ ليس معنى الشرعي الصحيح على المختار، ومع هذا فلا يوجب سماعها حكما على الحاكم.

قال: وهذا النوع هو الذي عبر عنه بغير التامة.

(قُلتُ): قوله: وهذا النوع هو الذي عبر عنه بغير التامة لم يظهر ذلك منه، ومن لفظه؛ فتأمل لفظ الشَّيخ مع هذا يظهر لك ما ذكرناه، ودعوى الشَّيخ أن ذلك يدخل في الحيثيَّة المذكورة لا يصح أما باعتبار الحاكم بعد اطلاعه على المانع من قبولها، فظاهر أنها عنده ليست بالحيثيَّة الموصوفة، وقبل اطلاعه لم يتعين كونها غير تامة، وليس الكلام إلا في غير التامة، وأما باعتبار حكمها الشرعي في نفسه فأظهر؛ لأنها لا توجب حكما مع أن الحاجة إنما هي للظاهر لا لما في نفس الأمر.

(قُلتُ): ويظهر أن الشَّيخ ﷺ كلامه أوجه؛ لأن الحيثيَّة اعتبارها مع ما ذكر من التعديل يوجب إذا قال: العدة المذكورة من حيث ذاتها لا بالنظر إلى الحاكم أو غيره كما يقال في الدلالة كون اللفظ بحيث إذا أطلق دل، وإن منع من الدلالة مانع عارض لا يرد النقض به، وقريب من هذا استحضره الشَّيخ في غير هذا الموضع وذكر معناه.

قال الشَّيخ المذكور: والشهادة بين أهل الذمة بالحقوق التي لا يجب على الحاكم حكما بمقتضاها فتخرج من ذلك؛ لأن الحاكم هو مخير فيه.

(قُلتُ): وفي هذا أيضًا نظر لا يخفى؛ لأن إيجاب العمل لا بد أن يتوقف على شرط وانتفاء مانع، ويدل على ذلك أن المحكوم له إذا أسقط طلبه فلا يجب على القاضي ما ذكر فلا بد من تقييد بما ذكرنا، وإلا فورود هذه الصورة أقرب من غيرها فتأمله.

قال: وتخرج الشهادة بالخط وتخرج شهادة الإيماء كالأخرس.

قال: وفيه غير هذا مما يطول تتبعه، ولا شك أن الخط والإيماء لا يدخلان فلو زاد أو ما يقوم مقامه

لصح.

(فإن قلت): الشَّيخ الإمام سيدي أبو عبد الله محمد بن مرزوق لم يعترض قوله قول في كونه صير الجنس للشهاد قولا، ولم يقل خبر والخبر أقرب جنسًا من القول كما قدمنا مع أن عياضًا قال: الشهادة تطلق على البيان؛ لأن الشاهد يبين الحق من الباطل، وقيل: ترجع إلى العلم الحكمي.

وقد ذكر الجوهري: أن الشهادة خبر قاطع.

(قُلتُ): تقدم الجواب عن الشَّيخ في سر كونه عبر بالقول، ولعل الشَّيخ بعده رأى ذلك، واستحسنه.

(فإن قلت): قد عرف الشَّيخ الإمام التلمساني ابن مرزوق الشهادة بقوله: الشهادة بيان مستند علم أو غالب ظن بلفظ أو قائم مقامه عن ثبوت حق على معين أو سقوطه أو آيل إليهما.

قال: فقولنا: بيان جنس يشمل البيان بالخبر وغير الخبر والبيان الفعلي، والقولي: وقولنا: مستند علم أو ظن أخرج به الكلام النفسي، وقولنا: أو قائم مقامه أدخل به خط الشاهد وشهادة الأخرس بالإشارة، وقد أطلق عليهما شهادة.

قال: وقولي عن ثبوت متعلق بيان أخرجت به الأخبار المستكملة بالأوصاف المتقدمة إلا أنها لا تتضمن شيئًا من ذلك، فإنها لا تسمى شهادة.

قال: ويخرج أيضًا الإنشاء؛ لأن قولنا: ثبوت حق يقتضي أنه لا بد من ثبوت نسبة خارجيَّة والإنشاء لا خارج له، وقولنا: على معين أخرجت به بعض الأخبار الواردة عن النبي ﷺ بثبوت حق أو بسقوطه، وليست حكاية بشهادة؛ لأن ما ورد عنه عليه السلام من الأحكام يعم المكلفين، ولو كان المحكوم عليه معينًا لقوله حكمي على الواحد حكمي على الجماعة إلا لدليل يدل على التخصيص.

قال: والآيل إليه كتزكية الشاهد به وسقوطه كالشهادة بأدائه والآيل إليه كتجريح الشهادة، وحصل من هذا الرسم أن الشهادة خبر خاص فكل شهادة خبر، ولا عكس فأنت ترى ما ذكره: وهي أن الشهادة بيان، والقول الخبر غير البيان؛ لأن البيان يقع بالخبر، وما وقع بالشيء غير الشيء.

وذكر الشَّيخ أيضًا: الخبر هو الجنس في حد آخر فقال على قول الجوهري يقال في رسمها خبر إلخ، وعندي أن الشَّيخ سيدي الفقيه ابن عرفة: إنما خص الجنس بالقول؛ لأن الشرع، ورد بذلك إطلاقًا، وفسر شهادة الزور بقول الزور فعول على أن العرف فيها شرعًا القول الخبري لا البيان كما ذكرًا أيضًا ليدخل التحمل، وهو خارج عن حد الشَّيخ المذكور؛ فتأمل ذلك، وقد قدمنا ذلك، وتلخص من كلام المازري وابن بشير أن الشهادة خبر يوجب حكما على المشهود عليه خاصة اتحد أو تعدد، والله سبحانه الموفق للصواب لا رب غيره.

(تنبيه) وقع هنا للشيخ سيدي أبي عبد الله محمد بن مرزوق: بحث مع شيخه الإمام - رحمه الله ورضي عنه- في رده على القرافي في الفرق بين الخبر والشهادة، وأنه لم يجده، وأنه استدرك ذلك عليه

قُلتُ: وقال القرافي في قواعده: أقمت نحو ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية، وأسأل الفضلاء عنه، وتحقيق ماهيَّة كل واحدة منهما، فيقولون: الشهادة؛ يشترطون فيها العدد والذكوريَّة والحريَّة بخلاف الرواية، فأقول لهم: اشتراط ذلك فرع تصورها، وتمييزها عن الرواية، فلو عرفت بآثارها وأحكامها التي لا تعرف إلا بعد معرفتها؛ لزم الدور، وإذا وقعت حادثة غير منصوصة من أين لنا أنها شهادة، فيشترط فيها شروطها أو رواية؛ فلا يشترط فيها ذلك، وإجراء العلماء الخلاف في قبول خبر الواحد في رؤية هلال رمضان على كونه رواية أو شهادة، وفي خبر الواحد بعدد ما صلى إمامه على ذلك لا يتصور مع جهل حقيقتها؛ وإنما يتصور ذلك مع إدراك حقيقة كل منهما، ولم أزل كذلك في شدة قلق حتى طالعت شرح البرهان للمازري ﷬، فوجدته حقق المسألة، وميز بين الأمرين من حيث هما، واتجه تخريج الفروع اتجاهًا حسنًا، وظهر أي سببين أقوى، وأي القولين أرجح، وأمكننا إذا وجدنا خلافًا لم يذكر سببه أن يخرج على وجود السببين فيه إن وجدناهما، ونشترط ما نشترطه، ونسقط ما نسقطه، وكنا على

بالجزوليَّة وابن بشير وهما متداولان قال: هذا يختلف باختلاف البلدان والأشخاص والإحاطة على البشر متعذرة، وأيضًا فإن ما وقع إنما هو إشارة إلى فرق من غير بسط والمطلوب بسط ذلك على الوجه الذي ذكره وتدبره.

(قُلتُ): لا يخفى ضعف ذلك؛ لأن المذكور يحصل الفرق، ولا اعتراض على ذلك، وقوله: (والإحاطة... إلخ) فيه بحث قال: وظاهر كلام ابن بشير والمازري أن المشبه بالشهادة من الرواية ما يتضمن حكمها فهما صنفان من نوع الخبر المتضمن حكما، وما الخبر الذي لا يتضمن حكما فهو نوع آخر لمطلق الخبر فهو قسيم لهما، فإذا تقرر ذلك فلا يرد النقض بنحو: ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ [المسد: 1]، وخبر ذي السويقتين وخبر الدجال، وإنما يورد ذلك من توهم اشتباه الشهادة بمطلق الخبر، وهو باطل؛ لأن الشهادة خبر مقيد والمقيد لا يلتبس بالمطلق بل بمقيد مثله هذا اختصار بحثه؛ فتأمله؛ لأنه من تمام الفائدة، وهذا الكلام فيه ما لا يخفى؛ لأن الشَّيخ ﷬ نقض على الرسم للخبر في قوله: الخبر المتعلق بكلي فلا شك في النقض بما ذكره بالآية وغيرها، وإن ذلك يوجب عدم الانعكاس، فقول الشَّيخ الراد، وظاهر كلام ابن بشير إلخ لا يخفى ما فيه من العناية في الرسم، وهذا ما يظهر في هذا الرسم، وما وجدته فيه للمشايخ، والله سبحانه أعلم بالصواب، وهو الهادي إليه بمنه وفضله ورحمته.

بصيرة في كل ذلك، فقال: هما خبران غير أن المخبر عنه إذا كان عامًا لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله ﷺ: **«الأعمال بالنيات»**[1]، والشفعة فيما لا ينقسم لا يختص بشخص معين؛ بل هو عام في كل الخلق والأعصار والأمصار بخلاف قول العدل عند الحاكم: لهذا عند هذا دينار؛ إلزام لمعين لا يتعداه، فهذا هو الشهادة، والأول هو الرواية، ثم تجتمع الشوايب بعد ذلك، ووجه مناسبة شرط العدد في الشهادة، وبقية الشروط أن إلزام المعين يتوقع فيه عداوة باطنة؛ لم يطلع عليها الحاكم، فاحتاط الشارع لذلك، فاشترط معه آخر، وناسب شرط الذكوريَّة؛ لأن إلزام المعين حكمًا غلبة وقهرًا تأباه النفوس الأبيَّة، فهو من النساء أشد نكاية، فخفف ذلك عن النفوس بشرط الذكوريَّة؛ ولأنهن ناقصات عقل ودين، واستقام تخريج الخلاف في رؤية هلال رمضان؛ لاشتماله على مثاليَّة الخبر وهي العموم؛ لأنه لا يخص واحدًا بعينه وشائبة الشهادة؛ وهي خصوصة هذا العام، وأهل هذا القطر الطرق.

ثم قال: إن قلت: ما قررته من أن الشهادة حقيقتها التعلق بجزء، والرواية حقيقتها التعلق بكل منتقض، أما في حقيقة الشهادة؛ فقد تنقض كالشهادة بالوقف على الفقراء إلى يوم القيامة، وكون الأرض عنوة أو صلحًا، فإنها كذلك إلى يوم القيامة، وأما في الرواية؛ فإنها قد تكون في الأمور الجزئيَّة؛ كالإخبار عن النجاسة بالماء المعين والثوب المعين، وأوقات الصلوات، وأجاب عن الأول بأن العموم فيما ذكر من الشهادة إنما هو بالعرض، ومقصودها الأول؛ إنما هو جزئ، أما الوقف؛ فالمقصود بالشهادة فيه إنما هو الواقف لينزع منه المال الموقوف، وكون الموقوف عليه غير معين لا يقدح في ذلك.

وأما كون الأرض عنوة أو صلحًا؛ فلم أر فيه لأصحابنا نصًّا، وأمكن أنه من باب الخبر والرواية؛ لعدم الاختصاص في المحكوم عليه، وأمكن كونه من باب الشهادة

---

(1) أخرجه البخاري: 1/7 - 15 في بدء الوحي، وفي الإيمان، باب ما جاء أن الأعمال بالنيَّة والحسبة ولكل امرئ ما نوى، ومسلم: رقم (1907) في الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية».

لتعين المعلوم فيه؛ وهو الأرض.

وأما النقض على الرواية؛ فجوابه أن الأخبار عن نجاسة الماء المعين؛ إنما هو باعتبار وصفه من حيث كون صفته كليَّة لا باعتبار ذاته المخصوصة؛ ولذا كان كل ماء مماثل له في الصفة التي حكم عليه بالنجاسة لأجلها مماثل له في الحكم بنجاسته، وكذا الثوب.

قُلتُ: هذا حاصل كلامه، وواضح كلامه أولاً: أقمت أطلب الفرق، وأسأل الفضلاء عنه، وعن تحقيق ماهيَّة كل منهما.

نص في منافاته قول ابن عبد السلام: لا حاجة لتعريف حقيقة الشهادة، والحق قول القرافي: إنها محتاج لمعرفتها، وكان بعض شُيُوخ بلدنا يتعقب قول القرافي: أقمت مدة كذا أطلب الفرق بينهما حتى وقف على كلام المازري بأن الفرق المذكور في أيسر الكتب المتداولة بين مبتدئي الطلبة؛ وهو التنبيه لابن بشير.

قال في كتاب الصيام: لما كان القياس عند المتأخرين رد ثبوت الهلال لباب الأخبار؛ إذ رأوا أن الفرق بين باب الخبر وبين الشهادة؛ أن كل ما خص المشهود عليه فبابه باب الشهادة، وكل ما عم، فلزم القائل منه ما يلزم المقدار، فبابه باب الأخبار جعلوا في المذهب قولة بقبول خبر الواحد في الهلال، ولا تجده إلا في النقل عن ما يثبت عند الإمام، وكذا كان يتعقب عليه حكايته عن نفسه مثل ذلك في الفرق بين علم الجنس وعلم الشخص؛ فإنه مذكور في الجزوليَّة، وتتميم الكلام في هذا يخرج عن المقصود، وما ارتضاه، وتبع فيه المازري من أن الشهادة هي الخبر المتعلق بجزئي والرواية الخبر المتعلق بكل؛ يرد بأن الرواية تتعلق بالجزئي كثيرًا لحديثه ﷺ: **«يخرب الكعبة ذو السويقتين من الحبشة»**[1]، وحديث تميم الداري في السفينة التي لعب البحر بهم فيها حتى ألقتهم بجزيرة، ووجدوا فيها الرجل المفسر بالدجال[2] إلى غير ذلك من

[1] أخرجه البخاري: 3/368 في الحج، باب هدم الكعبة، ومسلم: رقم (2909) في الفتن، باب لا تقوم الساعة حتى يمر الرجل بقبر الرجل فيتمنى أن يكون مكان الميت من البلاء.

[2] أخرجه مسلم: رقم (2942) في الفتن، باب قصة الجساسة، وأبو داود: رقم (4325) و(4326) و(4327) في الملاحم، باب في خبر الجساسة، والترمذي: رقم (2254) في الفتن، باب رقم (66).

الأحاديث المتعلقة بأمور جزئيَّة، ولأجل هذا تجدهم يقولون: اختلف في القضايا العينيَّة تعم أم لا؟، وكآية ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِى لَهَبٍ﴾ [المَسَد: 1]، ونحوها كثير.

والصواب: أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده، أو حلف طالبه؛ فتخرج الرواية والخبر القسيم للشهادة، وإخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيًا آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به إليه؛ لعدم شرطه بالتعدد أو الحلف، وتدخل الشهادة قبل الأداء وغير التامة؛ لأن الحيثيَّة لا توجب حصول مدلول ما أضيفت إليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة، وهي باعتبار تحملها الروايات واضحة بأنها فرض كفاية.

في نوازل سَحنون: سئل عن قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282]، فقال: إذا كان للرجل عندك علم، فأشهدك عليه، وإن لم يكن له عندك علم؛ إنما يريد أن يشهدك ابتداء؛ فأنت في سعة إن وجد في البلد غيرك ممن يشهده، فقرره ابن رُشْد بأن تحمل الشهادة فرض كفاية يحمله بعض الناس عن بعض كصلاة الجنازة، فمن كان بموضع ليس فيه من يحمله عنه تعين عليه، وأما أن يدعي ليشهد بما علمه أو استحفظه، فإن ذلك واجب عليه، فمن كانت عنده شهادة؛ فلا يحل له كتمها، ولزمه إذا دعي إليها أن يقوم بها.

الصقلي: اختلف في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282]؛ قال مالك وغيره: إنما ذلك أن يدعى لما كان شهد به قبل ذلك، قال مالك: وأما قبل أن يشهد، فأرجو أن يكون في سعة إن كان ثم من يشهد له.

المتيطي: اختلف في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282]؛ قيل: حين يكتب الشهادة، وقيل: إذا دعوا لأدائها، وقيل: المراد الأمران، وذكرها المازري، وعزا لمالك الثاني، وظاهر ما ذكرناه عنهم أن الأداء فرض عين لا كفاية.

وقال ابن عبد السلام: إن كان الذي تحملها عدد أكثر من النصاب؛ كان الأداء فرض كفاية، وإن كان مقدار النصاب فأقل؛ فرض عين.

قُلتُ: والصواب: إن كان المحتملون أكثر من النصاب أن ينظر في كيفية تحملهم،

فإن كان في مجلس واحد؛ فعليهم جميعهم أن يجيبوا من طلبهم للأداء ما لم يستقل موجب الحكم، فلا يجب على من طلب بالأداء بعده، وإن كان تحملهم في أوقات مختلفة تعين الأول فالأول ما لم يظهر سقوط من يفتقر بعده لتمام النصاب، وهو قائم من قولها في كتاب الجعل والإجارة: ومن واجر على رضاع صبي، ثم واجر أخرى تطوعًا منه، ثم ماتت الأولى؛ فعليه أن يأتي بمن يرضع مع الثانية، فجعل من التزم حكمًا بعد آخر؛ لا يلزمه منه إلا الزائد على ما يجب على الأول منه، وظاهر قولهم: إنه فرض عين مطلقًا هو القائم من قولها في كتاب الحمالة: من أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل؛ فله في عدم الغريم أن يأخذ بجميع حقه؛ أي: الكفيلين شاء، فجعل من ألتزم حكمًا بعد آخر يتعلق به كتعلقه بالأول.

ابن رُشْد: وقول بعض أهل العلم: يجب على كل من دعي لها أن يجيب إليها أداء، أو تحملاً للآية غير صحيح؛ لأنه قبل التحمل لا يصدق عليه اسم شاهد، وأما إن لم يدع إلى أدائها، فقد قال رسول الله ﷺ: **«خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها، أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها»**[1]، وهذا فيه تفصيل استوفيناه في رسم شهد من سماع عيسى.

قُلتُ: يذكر إن شاء الله عند قول ابن الحاجب السادس: الحرص على الشهادة، ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم بمقتضاها؛ اكتسبت من الشرف منزلاً.

[باب في شروط الشهادة في الأداء]

فتشترط فيها شروطٌ منها في أدائها الكافي: الإسلام اتفاقًا، وشهادة المبتدع ساقطة؛ لأنه كافر أو فاسق.

(1) أخرجه مسلم: رقم (1719) في الأقضية، باب بيان خير الشهود، والموطأ: 2/720 في الأقضية، باب ما جاء في الشهادات، وأبو داود: رقم (3596) في الأقضية، باب في الشهادات، والترمذي: رقم (2296) في الأحكام، باب ما جاء في الشهداء أيهم خير.

المازري عن ابن القُصَّار: ساقطة لفسقة، ولو كان عن تأويل غلط.

فإن قيل: قبول بعضهم كالبخاري رواية بعضهم يوجب قبول شهادته أحرويًا؛ لأنها في جزئي، والرواية في كلي؛ ولذا أسقط أبو حنيفة رواية الكافر مطلقًا، وأثبت شهادة بعضهم على بعض؛ يرد بأنها منصب رفيع عندهم بخلاف الرواية.

وفيها: الحريَّة اتفاقًا والعقل.

المازري: وشرط العقل واضح؛ لأن المجنون لا يعقل ما يقول ولا يضبطه، ومن هو كذلك لا يلتفت إلى قوله.

ابن عبد السلام: لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والأداء، ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين، ونص عليه عبد الملك.

قُلتُ: ما ذكره هو مقتضى المذهب، ونص عبد الملك عليه لا أعرفه؛ بل نقل الشَّيخ عن المجموعة: قال ابن وَهْب عن مالك في الكبير يخنق، ثم يفيق إفاقة يعقلها: جازت شهادته، وبيعه وابتياعه، والبلوغ منها اتفاقًا.

المازري: لأنه إن لم يبلغ غير مكلف، ولا يأثم فيما يفعله من منهي عنه، وهذا يمنع الثقة بشهادته.

وفي سماع أبي زيد لابن القاسم: لا تقبل شهادة ابن خمسة عشر عامًا إلا أن يحتلم حتى يبلغ ثمانية عشر عامًا؛ فتجوز شهادته، وإن لم يحتلم.

ابن وَهْب: تجوز شهادته إن أتى عليه خمسة عشر عامًا، وإن لم يحتلم إن كان عدلاً؛ لأنه ﷺ أجاز للقتال ابن خمسة عشرة سنة، ولم يجز ابن أربعة عشرة سنة[1].

ابن رُشْد: روي عن ابن القاسم: أنه لا تجوز شهادته إن لم يحتلم حتى يبلغ سبع عشرة سنة، ففي الحد الذي يحكم فيه لمن لم يحتلم بحكم من احتلم ثلاثة أقوال ترجع لقولين: أحدهما: لا يحكم له للبلوغ إن لم يحتلم حتى يبلغ سبعة عشر عامًا، أو الثمانية عشر عامًا، والثاني: أنه خمسة عشر عامًا، فيحكم له بالبلوغ عند ابن وَهْب عند بلوغه.

---

(1) أخرجه البخاري: 5/204 و205 في الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهاداتهم، ومسلم: رقم (1868) في الإمارة، باب بيان سن البلوغ.

وفي شرط عدم الولاية في المال خلاف:

سمع أشهب: أتجوز شهادة المولى عليه وهو عدل؟ قال: نعم، ابن رُشْد مثله.

روى ابن عبد الحكم في الموازيَّة: وهو قياس المعلوم من قول ابن القاسم في لغو الولاية على اليتيم البالغ في جواز أفعاله وردها، والآتي على مشهور المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه في أن المولى عليه لا تنفذ أفعاله، وإن كان رشيدًا في أحواله أن لا تجوز شهادته، ولو كان مثله لو طلب ماله؛ أخذه؛ وهو نص أشهب في المجموعة، ونحو سماعه أَصْبَغ: لا يجوز أن يكون وليًا في النكاح، ولو كان عدلاً.

ولابن حبيب عن مالك وأصحابه: إن حكم قاض بشهادته أو بشهادة العبد، ثم أنكشف ذلك بعد الحكم؛ ردت القضيَّة بخلاف أن لو أنكشف إنه مسخوط أو سفيه، ورواه أبو زيد عن ابن الماجِشُون.

وقال أَصْبَغ: إن قضي بشهادته، ثم تبين أنه مولى عليه سارقًا فاسدًا بين الفساد، أو مسخوطًا بين الفسق والفساد؛ ردت قضيته كما ترد إن تبين أنه عبد.

[باب العدالة]

والعدالة لما كانت شرطًا في الشهادة والرواية تكلم عليها الفقهاء والأصوليون، وابن الحاجب في أصليه وفقهيه، وأطال المازري فيها الكلام، والأولى صفة مظنة؛ لمنع موصوفها البدعة، وما يشينه عرفًا، أو معصية غير قليل الصغائر (1)، فالصغائر الخسيسة

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﷺ بعد أن أشار إلى كلام أهل الأصول والفقهاء وتنبيههم عليها قال: لأنها شرط في الشهادة والخبر، ولذا عرفها ابن الحاجب في كتابيه الأولى صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة، وما يشينه عرفا ومعصية غير قليل الصغائر.

قوله: (صفة) أطلق الشَّيخ ﷺ على العدالة صفة، وأطلق عليها الآمدي هيئة راسخة، وأطلق عليها ابن الحاجب محافظة، وعبارة الشَّيخ قريبة من عبارة الفهري في قوله معنى والصفة المراد بها غير الصفة الحكميَّة، ثم وصفها بالمظنة؛ أي: ذات مظنة؛ أي: أنها جامعة ضابطة لمعنى الحكمة كما يقال التعليل بالمظنة أشمل من الحكمة، ويقال السفر علة في القصر، وهو أجمع من الحكمة التي هي المشقة فالصفة المذكورة هنا تشتمل في غالبها على منع موصوفها من البدعة، والبدعة معلومة

شرعا، وهو الأمر المحدث الذي أشار إليه في قوله: (كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة) لا يقال إن البدعة مقسمة إلى أقسام الشرع فلا بد من تقييد في الرسم؛ لأنا نقول أشار إلى ما في الحديث، وهي البدعة التي تؤدي إلى النار.

وقوله: (لمنع) متعلق بالمظنة والبدعة مفعولة بالمصدر الذي هو المنع، وقوله: (وما يشينه) الشين هو العيب.

قوله: (عرفا) أشار به إلى السلامة من ترك المروءة كأكل في السوق أو مشي بالحفا من أهل المروءة.

(فإن قلت): المروءة مجهولة لسامعها.

(قُلتُ): عرفها بعد بقريب.

قوله: عرفا على إسقاط الخافض، وأخرج به ما لا يشينه في عرفه، والعرف في ذلك يختلف بحسب البقاع والأماكن والحال والزمان، فإن من مشى من أهل الصوفيَّة حافيا لا قدح فيه، ومن مشى من أهل الحاضرة أو غيرها كذلك قدح.

قوله: (ومعصية) المعصية تعم الكبائر والصغائر.

قوله: (غير قليل) أخرج به القليل من الصغيرة، فإنه غير ضار في العدالة، وغير قليل نصب على الاستثناء والمستثنى منه معصية.

(فإن قلت): البدعة تكون في العقيدة وفي غيرها، ويدخل في ذلك الحروري، وغيره كالقدري.

(قُلتُ): نعم.

(فإن قلت): هلا اقتصر على منع المعصية، وهي أعم من البدعة، وما منع الأعم مع الأخص والمعصية أعم من الكفر ويصدق عليه معصية، فإذا قرنا ذلك كان ذلك من عطف العام على الخاص أو الأعم على الأخص، وما شابه ذلك، وموضع ذلك إنما هو في الإطناب والحدود والرسوم يجتنب فيها الإطناب والإكثار، ويقتصر فيها على الاختصار، ولذا قال الشَّيخ رحمه الله هنا في الرد على ابن الحاجب: وأطول من هذا الحد قول ابن الحاجب: (في فقهيه... إلخ).

(قُلتُ): لما كانت البدعة كثر النزاع فيها وتعصب أهلها حسن التصريح بذلك تحذيرًا من مذهبهم، وذلك الشَّيخ في مختصره الأصلي قبل كلام الآمدي وغيره في قولهم هيئة راسخة تحمل على التقوى والمروءة؛ فتأمله، فإنه حد مختصر حسن لكن لما كان البدعي يزعم أن التقوى معه حسن التصريح بخلاف مذهبه وضد عقيدته.

(فإن قلت): كيف صح للآمدي أن يقول هيئة راسخة تحمل على التقوى، فإن أراد حصول التقوى فيلزم أن العدالة موجودة، ولا تقوى إن لم تكن حاصلة، وإن كانت فيلزم تحصيل الحاصل.

(قُلتُ): هذا مما يدل عليه المعنى؛ أي: دوامها من باب قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ءَامِنُواْ﴾

[النساء: 136].

(فإن قلت): إذا صححت كلام الآمدي: فالشَّيخ لم يذكر الأوامر والتقوى تعم الأمر والنهي.

(قُلتُ): أتى بما هو أخص من ذلك؛ لأن ترك الواجب معصية، وفعل المنهي معصية فوقع الاشتراك في حصول المعصية بفعل المنهي عنه، وترك المأمور به.

(فإن قلت): لِمَ لَمْ يقل صفة توجب لموصوفها إلخ كعادته.

قُلتُ: جوابه ما تقدم من أن ذكر المظنة، وإرادتها يمنع من الإيجاب لما ذكر إيجابًا شرعيًا؛ لأن ذلك إنما هو من صفة العصمة لا من صفة الحفظ، وقد أشار إلى ذلك بعض المحققين في تحقيق الحفظ والعصمة، ثم قال الشَّيخ ﵀: فصغائر الخسة تدخل فيما يشين.

هذا جواب عن سؤال يرد عليه في حده فيقال الصغيرة قد تكون خسيسة فكيف يصح إطلاق الاستثناء في الحد، وذلك يخل بالعدالة فأجاب بأن قليل الصغائر قد يكون فيه خسة كتقبيل المرأة في سوق فهذا عظيم، ويخل بالمروءة فيما يشين، فإنه مما يشين عرفًا قوله، ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو مندرج في قليل الصغائر، واستدل بظاهر المدَوَّنة، فإن فيها كذاب، وهو يدل على التكرار، وقد ذكره بعد أيضًا، ثم أتى بلفظ ابن الحاجب، واعترضه في قوله العدالة المحافظة الدينيَّة على اجتناب الكذب، والكبائر، وتوقي الصغائر، وأداء الأمانة، وحسن المعاملة ليس معها بدعة فتعقبه بأن حده أخصر، وبأن فيه حشوا، وهو الدينيَّة، وفيه نظر؛ لأن المحافظة دينيَّة وغيرها كالتوقي مثلا، ولا تصح العدالة شرعًا إلا مع المحافظة الدينيَّة، وفيه إجمال في توقي الصغائر لاحتمال جميعها أو أكثرها.

(فإن قلت): لِمَ لَمْ يقل بأن الكذب فيه حشو؛ لأنه إن كان من الكبائر فهو داخل فيها، وإن كان من الصغائر فهو داخل في الصغائر.

(قُلتُ): يظهر أنه وارد عليه أيضًا.

(فإن قلت): ذكر أداء الأمانة ما يعني به.

(قُلتُ): التكاليف الشرعيَّة من أمر ونهي.

(قُلتُ): فيه تكرار مع قوله الكبائر، ولا يصح جواب الشَّيخ ابن عبد السلام بما أجاب به عن سؤاله؛ فتأمله، فإن فيه بحثًا، ولولا الطول لأشرت إليه.

(فإن قلت): ما المراد من حسن المعاملة.

(قُلتُ): فسرها شارحه بالنصفة من نفسه، ولنفسه ولا يخلو ذلك كله من بحث لا يخفى على من نظر وتأمل.

ثم إن الشَّيخ ﵁ قال: قال ابن عبد السلام: الضمير من قوله ليس معها بدعة راجع إلى العدالة، وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة إلى آخر كلامه، واعترض الشَّيخ كلامه بأنه لا

مندرجة فيما يشين، ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة؛ عفو مندرج في قليل الصغائر؛ لدليل قولها في آخر شهاداتها مما يجرح به: أنه كذاب في غير شيء واحد، وأطول منه قول ابن الحاجب في الفقهي: العدالة، المحافظة، الدينيَّة، على اجتناب الكذب والكبائر، وتوقي الصغائر، وأداء الأمانة، وحسن المعاملة ليس معها بدعة، ويتعقب بحشو لفظ الدينيَّة لاستقلاله دونه، وإجمال قوله: وتوقي الصغائر؛ لاحتمال جميعها أو أكثرها.

ابن عبد السلام: الضمير في قوله: ليس معها بدعة؛ راجع إلى العدالة، وظاهره: أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة؛ لكن تعليله اشتراط هذه المعيَّة بقوله؛ فإنها فسق يوجب كونها مضادة للعدالة، فيستغنى بذكر العدالة عنها، كما استغني بذكر العدالة عن سائر أضدادها، وقد يجاب بأن هذا النوع من أضداد العدالة كثر النزاع فيه.

قُلتُ: يرد إعادته الضمير على العدالة، فإن فهم معيَّة الشيء؛ لا تعلم إلا بعد فهم ما نسبت إليه؛ لأن من أمر عبده أن يأتيه بزيد مع عقيلته؛ لا يفهم ما أمر به إلا من يفهم مسمى العقليَّة، وهي المرأة الشريفة أو المخدرة؛ ولذا تعقب على الشَّيخ المحدث =

يصح رد الضمير إلى العدالة؛ لأنه لو صح لأدى ذلك إلى الدور وقرر ذلك بأن قال: فإن فهم معيَّة الشيء لا تعلم إلا بعد فهم ما نسبت إليه؛ لأن من أمر عبده أن يأتيه بزيد مع عقيلته لا يفهم إلا من يفهم مسمى العقيلة، وهي المرأة الشريفة أو المخدرة يعني فيؤدي ذلك إلى توقف معرفة الحد على المحدود والمحدود على الحد وذلك دور فكأنه يقول لو صح عود الضمير على العدالة لأدى إلى الدور ومحال بيان الملازمة بما ذكر، وقد قدم مثل ذلك مرارًا، وذكر هنا قضيَّة بحث الشَّيخ العالم ابن الآبار فانظره، ثم اعترض قول شيخه أيضًا إن السلامة من البدعة زائدة على العدالة.

قال الشَّيخ: فظاهره أن الزائد على الماهيَّة المعرفة لا يصح التعريف به لها.

قال: وهذا مردود باتفاقهم على صحة التعريف بالخاصة، ثم رد ردًا شافيًا جليًا، ووجه الضمير بعوده عودًا مرضيًا على المحافظة - رحمه الله ونفع به- ومن علينا بفهمه، وتأمل ما عقب به الشَّيخ هنا كلامه في قوله: ولذا تعقب على الشَّيخ المحدث إلخ، وما بيان تلك العلة المناسبة لما قبلها، وقد تذاكرنا فيه، ولولا الطول لذكرته، وكان يمر لنا في الجواب على إيرادهم على قوله: تقاسم الروم أن قوله: لإنالة مقاسمهم اعتراض بين القسم وجوابه، وأن الجواب مقدر بعد الاعتراض، وأن أصله ما ترجع إلا إلخ؛ فتأمل ذلك كله، والله الموفق وهو سبحانه يوفقنا، ويقيل عثرتنا ويستر عورتنا، ويحسن نيتنا بمنه وفضله.

الأديب البارع أبي عبد الله محمد بن عبد الله القضاعي، شُهر بالأبار في قصيدته الشهيرة التي بعث بها صاحب بلنسية زيان بن مرد نيس إلى ملك إفريقيَّة أبي زكرياء بن أبي حفص يحرضه على قتال الروم، والأخذ بثأر أهل الأندلس التي مطلعها:

أدرك بخيلك خيل الله أندلسا   إن السبيل إلى منجاتها درسا

قوله فيها:

تقاسم الروم لا نالت مقاسمهم   إلا عقائلها المحجوبة الأنسا

وفي بلنسية منها وقرطبة   ما ينسف النفس أو ما ينزف النفسا

بأنه دعاء للروم بنيل مقاسمهم شريفات النساء ومخدراتها، وجواب بعضهم بأن لا نالت؛ جواب تقاسم لا دعاء، قال: وتوهم كونه دعاء جهالة؛ يرد بنقل ابن هشام، وابن عصفور، وابن الضايع الآمدي، وغير واحد أن جواب القسم إن كان فعلاً ماضيًا؛ لزمته (ما) كقوله تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ﴾ [الضحى: 3]، أو (إن) كقوله تعالى: ﴿إِنْ أَمْسَكَهُمَا مِنْ أَحَدٍ مِّنْ بَعْدِهِ﴾ [فاطر: 41]، والإنصاف أن التعقب غير جهالة لصحة استناده لظاهر نقل الأندلسيين، وأنه غير وارد لقول سيبويه في الكتاب عن الخليل، تقول: والله لا فعلت ذلك أبدًا؛ تريد: لا أفعل، وهذا، وإن كان استطرادًا؛ فهو مفيد بيان حكم مسألة ذات نظر.

وقول ابن عبد السلام: وظاهره: أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة؛ ظاهره: أن ما هو زائد على حقيقة الماهيَّة المعرفة لا يصح الإتيان بها في تعريفها، وإلا لما حسن إتيانه به، ويرد باتفاقهم على صحة التعريف بالخاصة، وهي زائدة على ماهيَّة المعرف، وقوله: لكن؛ تعليله اشتراط هذه المعيَّة بقوله: فإنها فسق يوجب كونها مضادة للعدالة؛ يستغنى بذكر العدالة عنها وهم لا يليق بطبقته؛ لأن العدالة هي المعرف، والمعرف يستحيل إن يستغنى به في التعريف ضرورة امتناع تعريف الشيء بنفسه، أو ما يتوقف معرفته عليه، والحق الواضح أن الضمير في (معها) عائد على المحافظة.

والروايات واردة بذكر بعض ما هو مناف للعدالة في شهاداتها مما يجرح به الشاهد

ثبوت كونه شارب خمرًا، أو آكل ربا، أو صاحب قيان، أو كذابًا عن غير شيء واحد.

وفي أولها: لا تجوز شهادة المغني والمغنيَّة إذا عرفا بذلك، ولا النائحة ولا الشاعر الذي يمدح من أعطاه، ويهجوا من منعه، فشرب ما قل من الخمر جرحة، والنبيذ المسكر شرب ما يسكر منه جرحه شرب اليسير منه الذي لا يسكر ممن لا يرى إباحته، ولا قلد من رأها؛ كالحنفي، وفي كونه ممن يراها، أو قلد من رآها كذلك أولاً نقل المازري: أن بشربه الحنفي؛ حد عند مالك، وسقطت شهادته مع ظاهر سماع أشهب أن الرجل المرضي في كل حالة لا تعرف له زلة شرب نبيذ التين الذي يسكر؛ ردت شهادته.

وقول ابن رُشْد هذا: إن شرب؛ صح منه قدرًا يسكر أولا يسكر، وهو غير متمذهب بمذهب من يبيحه، ولو شربه متمذهب بمذهب من يبيحه، وهو معلوم بالصلاح والفضل غير متهم باستباحة ما لا يحل؛ لم ترد شهادته إلا إن يسكر منه، وكذا قرأناه إن كان يسكر بضم الياء وكسر الكاف، ويحتمل إن يقرأ إن كان يسكر بفتح الياء والكاف، ولابن رُشْد في رسم إن خرجت من سماع عيسى: شرب الخمر جرحة، ويعاقب عقوبة موجعة؛ وهو نص كتاب الرجم منها.

وفي الموازيَّة والمجموعة: لمالك: ولو باعها عصى؛ لم ترد شهادته.

قُلتُ: زاد الشَّيخ عن الكتابين: إلا إن يكون تقدم إليه ووعظ، فلم ينته، فترد شهادته، وهذه الرواية مشكلة؛ لأن بائعها إن كان يبيعها ممن يشربها حرامًا؛ وجب رد شهادته، وإن لم يتقدم إليه، وكذا بائع النبيذ، وفي كون مكري بيته ممن يبيع به الخمر كذلك، أو لا ترد شهادته ثالثها: إلا أن يعذر بجهل لسماع عيسى، ومحمد بن إبرهيم بن دينار، وابن القاسم في المدنيَّة والمبسوطة قائلاً: بيع بيته ممن يبيع به الخمر؛ ككرائه منه والربا كل ما حصل لمدعي ملكه بوجه لا يحل كالثمن في المعاملات الفاسدة، ورواتب المكس والظلم، وفي الواقع جزءيات حكمها؛ لزيادة بيان والسعي فيها للغير إعانة عليها.

وقبول بعضهم شهادة بعض من تلبس بشيء لا يخفى على منصف حكمه، وتقدم

في المزارعة نقل قول الشَّيخ الفقيه أبي عبد الله بن شعيب محتجًا بقوله تعالى: ﴿ فَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ ﴾ الآية [الأعراف: 6].

وأما الكذب؛ فنصها: مما يخرج به الشاهد قيام بينة عليه أنه كذاب في غير شيء واحد، ونقلها ابن الحاجب بأنه معروف بالكذب في غير شيء واحد.

قال ابن عبد السلام: كلامه يعطي تكرار الكذب ممن ثبت عليه ذلك، وأنه مشهور به من قوله معروف، ولم يشترط هذا القيد الأخير في المدَوَّنة، ويكفي تكرار الكذب.

قُلتُ: قوله: لا يعطي تكرار الكذب لا وجه لتخصيصه به دون المدَوَّنة؛ لأن فيها لفظ كذاب وفعال؛ يدل على التكرار ضرورة، وقوله: إنه مشهور من قوله: معروف؛ يرد بمنعه؛ لأن مدلول مشهور أخص من معروف، ولا يلزم من صدق الأعم؛ صدق الأخص.

قوله: لم يشترط هذا في المدَوَّنة: إن أراد به كونه مشهورًا؛ فلا يضر لما بينا أن لفظ معروف لا يستلزمه، وإن أراد لفظ معروف؛ لم يشترطه في المدَوَّنة إن أراد نصًّا، فمسلم وإن أراد ولا ملزومًا منع، وهذا لأن لفظ قولها: قيام البينة العادلة أنه كذاب بصيغة المبالغة؛ يدل على أنه معروف بمطلق الكذب عادة؛ لأن الغالب في العادة أنه لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب في غير شيء، إلا وهو معروف، وبمطلق الكذب، فتأمله منصفًا.

قال: ولو لم يشترط التكرار؛ لكان له وجه؛ لأن التجريح بهذه المواقع كلها على كثرتها؛ إنما هو على تحصيل الصدق، وأنه لا يغتفر للشاهد من الأوصاف ما يظن به التساهل بالكذب بسببه، فإذا ثبت عليه أنه كذب مرة واحدة؛ ظن منه الكذب في غير تلك المرة أقوى ممن يظن ممن شرب خمرًا، أو أكل ربا، أو أخل بمروءته.

قُلتُ: ظاهر قوله: لو قيل: إن المنصوص أو المعروف؛ أنه لا يجرح بثبوت مطلق الكذب بصدوره مرة، ولا أعلم فيه نصًّا، ويحصل من نقل الباجي وابن رُشْد في هذا الأصل خلاف.

قال الباجي: ما نصه: ترد شهادة من ترك واجبًا كالصلاة والصوم حتى يخرج الوقت المشوع لها، وترك الجمعة جرحة في الجملة، واختلف في تركها مرة واحدة، فقال أَصْبَغ: جرحة كالصلاة الفريضة يتركها مرة واحدة.

قُلتُ: فاستدلاله هذا نص في أن ترك الصلاة مرة واحدة جرحة، وأنه متفق عليه، وترك الصلاة مرة واحدة؛ كالكذبة الواحدة، وهو خلاف ما يأتي.

لابن رُشْد: أن ترك الصلاة الواحدة من الصلاة المفروضة حتى يخرج وقتها بغير عذر؛ لا يوجب رد الشهادة حتى يكثر ذلك من فعله.

والقيان: جمع قينة ؛وهي المغنيَّة، فجعل في المدَوَّنة كسبها جرحة؛ ولذا نقل عياض عن بعض فقهاء الأندلس: أنه رد شهادة صاحب له، فسأله عن سبب ذلك، فقال له: حضرتك، وقد عرض عليك شراء جارية من جاريتين وقفتا للبيع، وقيل لك: هذه مغنيَّة، فزدت في ثمنها، وتقدمت قضيَّة ابراهيم بن سعيد التي ذكرها الخطيب عنه في باب الوليمة، وما نقل فيها عن مالك، فتذكره المازري: الغناء لا بآلة عندنا مكروه.

وذكر محمد بن عبد الحَكم: أن من أدمن على سماعه؛ ردت شهادته، فيمكن أنه رآه علما على سقوط المروءة.

وقال مالك فيها: ترد شهادة المغني والمغنيَّة والنائحة إن عرفوا بذلك، فشرط اشتهارهم بذلك، والاشتهار بذلك يدل على الخساسة، وكذا الرقص بالطاقتين اللتان تسميان عندنا بالشيزانة.

والغناء بآلة: فإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور والمعزف والمزمار؛ فالظاهر عند بعض العلماء حرمته، وأطلق محمد بن عبد الحَكم أن سماع العود مكروه، وقد يريد به الحرمة، ولما كان ذلك يقارن غالبًا شرب الخمر ويبعث عليها؛ انسحب عليه حكم التحريم.

قال ابن عبد الحَكم: سماع العود جرحة إلا أن يكون في صنيع لا شرب فيه؛ فلا يجرح، وإن كره على كل حال، وذكر ابن شعبان: الخلاف في رد شهادة قارئ القرآن بالألحان، ولعله يريد الألحان التي تفسد نص القرآن، ومخارج حروفه، وأما الترنم به،

وتحسين الصوت به؛ فلا، قد تسمع رسول ﷺ قراءة أبي موسى الأشعري وقال: **«لقد أوتيت مزمارًا من مزامير آل داوود»**[1].

قُلتُ: ذكر الشَّيخ قبل نقل قول ابن شعبان ما نصه: وأكره القراءة بالألحان حتى تشبه الغناء، ولا أرد شهادة من فعله.

المازري: وأما الغناء بما لا يطرب كالدف؛ فجائز.

وقال مالك: لا بأس بضرب الدف والكبر، قال بعض أصحابه: يريد في العرس.

واختلف في المزهر؛ فكرهه بعض أصحابه في غير العرس، ويلحق به ضرب الغربال؛ وهو دف يضرب من جهة واحدة، قلت: وتقدم شيء من هذا في الوليمة.

ولبس الحرير الإدمان عليه جرحة، وكذا الجلوس عليه، ووقوعه مرة واحدة من غير عذر؛ الأظهر أنه غير جرحة في مرة تؤذن بأنبس الحرير وتصرفه؛ بحيث يكون علمًا على سقوط مروءته، فيكون جرحة، وأغرق بعض الشافعيَّة بقوله: لو جلس شهود عقد النكاح على حرير؛ لم يصح النكاح، ولو بمرة واحدة.

وفي سرقتها: إن قامت ببينة على الشهود أنهم مجان؛ فذلك مما تجرح به شهادتهم.

الجوهري: المجون أن لا يبالي الإنسان بما صنع.

الشطرنج: المازري كره مالك النظر إليها وإن قل، وقال: هي شر من النرد؛ ولكن لا ترد شهادة اللاعب إن كان المرة بعد المرة؛ بل إذا أدمن على اللعب، وربما أطلق لفظ الكراهة على التحريم.

الأبهري: علق مالك رد الشهادة به على الإدمان لا المرة بعد المرة، قال الأبهري في تعليل هذا: لأنه لا يسلم الإنسان من يسير لهو.

وقد قال بعض الشعراء.

أفد طبعك المجدود بالجد راحة يجم وعلله بشيء من المزح

---

(1) أخرجه البخاري: 9/81 في فضائل القرآن، باب حسن الصوت بالقراءة للقرآن، ومسلم: رقم (793) في صلاة المسافرين، باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن.

ولكـــن إذا أعطيتـــه المـــزح فلـــيكن   بمقـدار مـا يعطـى الطعـام مـن الملـح

ولابن رُشْد في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا: ابن وَهْب: إن وجد الوصي الشطرنج في تركه الميت؛ نحت وجوهها، وباعها خطبًا بغير أمر السلطان إن كان ممن سمع الأحاديث والعلم، وإن لم يكن كذلك، والوصي يخافه لجهالته ما ورد في ذلك؛ فلا يفعل إلا بأمره.

ابن رُشْد: لا خلاف بين مالك وأصحابه أن الإدمان جرحة، وقيل: الإدمان اللعب بها في العام أكثر من مرة واحدة.

قُلتُ: عزاه عبد الحق لأحمد بن نصر.

الصقلي عن محمد بن عبد الحَكم: من يكثر اللعب بها حتى يشغله عن الصلاة في جماعة طرحت شهادته وإلا جازت.

قُلتُ: ففي كون اللعب بها دون إدمان جرحة بكونه أكثر من مرة واحدة في العام، أو بأكثر من ذلك ثالثها: هذا مع شغلها عن صلاة الجماعة.

لابن رُشْد عن المذهب: وظاهر لفظها المرة بعد المرة، وابن عبد الحَكم، وحكاية المازري عن ابن المسيب: لا بأس باللعب بها، وعن أبي هريرة ما ظاهره الإباحة، وعن الشافعي عن سعيد بن جبير: أنه كان يلعب بها استظهارًا، وهو أن يولى المتلاعبين ظهره، ويقول لأحدهما: ما الذي دفع صاحبك، فيقول: كذا، فيقول له: أدفع كذا، خلاف قول الباجي.

ما روي عن ابن عبد الله بن مغفل، والشعبي، وعكرمة: أنهم كانوا يلعبون بالنرد، وأن الشعبي كان يلعب بالشطرنج؛ غير ثابت، وكذا عن ابن المسيب، وابن شهاب؛ وإنما هي أخبار يتعلق بها أهل البطالة.

وقال عبد الوهاب: يكره أن يجلس مع اللاعب بها وينظر فيها؛ لأنه يدعو إلى المشاركة فيها.

وفي العتبيَّة: قيل لمالك: أيسلم على اللاعب بها؟ قال: نعم.

والنرد: المازري: ظاهر المذهب: أنه كالشطرنج.

وفيها: الشطرنج شر من النرد، والصحيح من أحاديث الباب حديث مسلم عن بريدة: أن النبي ﷺ قال: «**من لعب بالنرد شير؛ فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه**»(1).

ابن سَحنون: روى داوود: من كان يبيع النرد، والزمامير، والعيدان، والطنابير؛ لم تجز شهادته.

قُلتُ: وكذا من يشتغل بمطلق الكيمياء.

وأفتى الشَّيخ الصالح الفقيه أبو الحسن المنتصر: بمنع إمامته.

واللعب بالحمام في سرقتها: يجرح الشاهد بثبوت لعبه بالحمام.

وفي الرجم منها: يجرح الشاهد بلعبه بالحمام إذا كان يقامر عليها.

المازري عن محمد: من فعله على قمار، أو أدمن عليه؛ ردت شهادته، فأجراه مجرى الشطرنج.

قُلتُ: روى أبو داوود بسنده عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ: رأى رجلاً يتبع حمامة، فقال: «**شيطان يتبع شيطانة**»(2)، وصححه عبد الحق بالسكوت عنه، ولم يتعقبه ابن القطان عليه.

وفي سماع سَحنون: كتب لسَحنون: من يقبل صلة السلطان، ويأكل طعامه، وسلاطين الزمان من قد علمت أتسقط شهادته، وقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم؟ أخذ ابن عمر جوائز الحجاج، والحجاج من قد علمت، وابن شهاب: جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء، وأخذ مالك جوائز أبي جعفر، وليس ذلك على وجه الخوف منهم؛ لأن منهم من باين السلطان بترك الأخذ

(1) أخرجه مسلم: رقم (2260) في الشير، باب تحريم اللعب بالنردشير، وأبو داود: رقم (4939) في الأدب، باب في النهي عن اللعب بالنرد.

(2) أخرجه أبو داود: رقم (4940) في الأدب، باب في اللعب بالحمام، ورواه أيضًا ابن ماجه: رقم (3765) في الأدب، باب اللعب بالحمام.

منهم، فلم ير منهم إلا خيرًا، وذكر أن أبا جعفر أمر لمالك بثلاث صرر من الذهب دنانير، فأتبعه الرسول بها؛ فسقطت منه صرة في الزحام، فأتاه بصرتين، فسأله عن الثالثة، فأنكرها؛ فألزمه مالك فيها حتى أتاه بها بعض من وجدها، فرفعها إليه، وجميع القضاة من السلطان يرزقون ويأكلون، فكتب إليه سَحنون: من قبل الجوائز من العمال المضروب على أيديهم؛ سقطت شهادته، ومن أكل منه الزلة والفلتة؛ فغير مردود الشهادة؛ لأن الأمر الخفيف من الزلة والفلتة لا يضر في العدالة والمدمن على الأكل منهم ساقط الشهادة، وما قلته من قبول ابن شهاب ومالك؛ ليس بحجة؛ لأن ذلك من أمير المؤمنين، وجوائر الخلفاء جائزة لا شك فيها على ما شرط مالك؛ لاجتماع الخلق على قبول العطيَّة من الخلفاء ممن يرضى به منهم وممن لا يرضى، وجل ما يدخل بيوت الأموال مستقيم، وما يظلم فيه قليل في كثير، ولم ينكر أحد من أهل العلم أخذ العطاء من زمن معاوية إلى اليوم، والقضاة أجراء للمسلمين لهم أجرهم من بيت مال المسلمين، وما ذكر عن ابن عمر: سمعت علي بن زياد ينكر ذلك عن ابن عمر ويدفعه.

ابن رُشْد: وله قبولها من العمال المضروب على أيديهم جرحة صحيح؛ ومعناه عندي: إذا قبلوا ذلك من العمال على الجباية الذين؛ إنما جعل لهم قبض الأموال، وتحصيلها دون وضعها في وجوهها بالاجتهاد.

وأما الأمراء الذين فوض إليهم الخليفة، أو خليفته قبض الأموال، وصرفها في وجوهها باجتهادهم؛ كالحجاج وشبهه من أمراء البلاد المفوض جميع الأمور فيها إليهم؛ فجوائزهم كجوائز الخلفاء، فإن صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج؛ فهذا وجهه.

وأما القضاة والأجناد والحكام؛ فلهم أخذ أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم الذين فوض إليهم النظر في ذلك، وضرب على أيديهم فيما سواه.

وروي عن مالك أنه قال: لا بأس بجوائز الخلفاء، فأما جوائز العمال؛ ففيها شيء يريد الذي ظاهر أمرهم أنهم مفوض إليهم من قبل خلفائهم، ولم يتحقق ذلك، ويريد أن الأخذ منهم مكروه، ولو تحقق التفويض إليهم؛ لم يكن لكراهة أخذ جوائزهم وجه، كما أنه لو تحقق أنه لم يؤذن لهم في إعطاء المال باجتهادهم لمن لم يعمل عملاً لم يكن

لتسويغ أخذ جوائزهم وجه، فإن كان المجبي حلالاً، وعدل في القسم؛ فاتفق أهل العلم على جواز أخذ الجائزة منه، وإن لم يعدل في قسمه؛ فالأكثر على جواز أخذها منه، وكرهه بعضهم، وأرشد المجبي حلال وحرام؛ فالأكثر على كراهة الأخذ منه، ومنهم من أجازه، وإن كان المجبي حرامًا؛ فمنهم من حرم أخذ الجائزة، والرزق على عمل الأعمال منه، وروي هذا عن مالك: ومنهم من أجازه، ومنهم من كرهه، وإن كان الغالب عليه الحرام؛ فله حكم الحرام، وإن كان الغالب عليه الحلال؛ فله حكم الحلال، وفيه كراهة ضعيفة، وإن كان الخليفة يجبي الحلال والحرام، فمن أخذ مما يعلم أنه حلال؛ فله حكم المال الحلال، ومن أخذ مما يعلم أنه حرام؛ فله حكم المجبى الحرام.

وسمع عيسى ابن القاسم: الفرار من الزحف من الضعف جرحة، ومن علمت توبته منه وظهرت؛ قبلت شهادته وإلا ردت، والضعف في العدد كما قال الله تعالى.

ابن رُشْد: هو كبيرة، وقال بعض الناس: ليس بكبيرة.

قُلتُ: تحقق توبته عسير؛ لأنها لا تعرف إلا بتكرار جهاده، وعدم فراره، وانظر هل الفرار من الضعف جرحة مطلقًا، أو ما لم يكن ممن صار العدو في حقه أكثر من الضعف بفرار من فر من الضعف؟ وهذا هو المظنون اعتقاده في بعض من فر في هزيمة الأمير أبي الحسن المريني في وقعة طريف من الفقهاء الذين كانوا معه كشيخنا أبي عبد الله السطي.

وفي كون قطع الدنانير والدراهم جرحة ثالثها: ما لم يعذر بجهل، لابن رُشْد عن أَصْبَغ عن ابن القاسم.

وظاهر قول سَحنون وابن القاسم في الموازيَّة: وهذا إذا قطعها وهي وازنة، فردها ناقصة في البلد الذي لا تجوز فيه ناقصة، وهي تجري فيه عددًا بغير وزن على أن ينفقها، ويبن نقصها، ولا يغش بها، وقطعها وردها ناقصة يغش بها؛ جرحة اتفاقًا، وقطعها وهي مقطوعة أو غير مقطوعة، وهي لا تجوز بأعيانها.

والتبايع بالميزان لا خلاف أنه ليس بجرحة، وإن قطعها عالمًا بمكروه ذلك،

ويحتمل أن يكون كلام سَحنون على أن قطع الدنانير والدراهم جرحة ثالثها: ما لم يعذر بجهل، لابن رُشْد عن أَصْبَغ عن ابن القاسم.

وظاهر قول سَحنون وابن القاسم في الموازيَّة: وهذا إذا قطعها وهي وازنة، فردها ناقصة في البلد الذي لا تجوز فيه ناقصة، وهي تجزئ فيه المقطوعة التي ليست بمقطوعه، وهي تجري في الميزان، وتكلم ابن القاسم في رواية أَصْبَغ عنه على قطع الدنانير التي تجوز بأعيانها، وردها ناقصة يغش بها، وتكلم في الموازيَّة على أنه فعل ذلك وبين نقصها، فلم يغش بها؛ فلا يكون ذلك اختلافًا، ومضى القول فيما يجوز من قطع الدنانير والدراهم، وما لا يجوز في سماع ابن القاسم من الصرف.

قُلتُ: بسببه سئل مالك عمن قدم بلدًا تجوز فيه الدراهم النقص، ومعه دراهم كبار أيقطعها؟ قال: لا، يكره ذلك.

ابن رُشْد: خوف أن يذهب بها لبلد لا تجوز النقص فيه، فيغش بها؛ فهو أشد كراهة من قطع الدنانير المقطوعة، وأجاز في سماع أشهب قطع الدنانير المقطوعة عند الحاجة لذلك، وأجاز ابن القاسم في سماع أَصْبَغ قطعها إجازة مطلقًا إذا لم تكن صحاحًا مزورة، وأما قطع الوازنة حيث لا تجوز الناقصة؛ فلا يحمل.

وفي نوازل سَحنون: شهادة المنجم المدعي أنه يعرف القضاء لا تجوز، وهذه جرحة بينة.

ابن رُشْد: معناه: أنه يدعي أنه يعرف من ناحية نظره في النجوم ما قضى الله به وقدره قبل أن يكون، والقول بهذا ضلال لا كفر؛ وهو جرحة ببينة.

وسمع ابن القاسم في كتاب السلطان: من ينظر في النجوم، فيقول: الشمس تكسف غدًا، والرجل يقدم كذا، وشبهه يزجر، فإن لم ينته؛ أدب، وإني أرى الذين يعالجون المجانين زاعمين أنهم يعالجون بالقرآن قد كذبوا لو علموا ذلك لعلمته الأنبياء، قد صنع لرسول الله ﷺ سم، فلم يعرفه حتى أخبرته الشاة[1]، وأرى هذا

(1) أخرجه أبو داود: رقم (4510) في الديات، باب فيمن سقى رجلاً سماً أو أطعمه فمات أيقاد منه.

ينظر في الغيب، وأنها لمن حبائل الشيطان.

ابن رُشْد: ليس قوله: الشمس تكسف غدًا، أو القمر ليلة كذا من جهة النظر في النجوم، وعلم الحساب بمنزلة قوله: من هذا الوجه فلان يقدم غدًا في جميع الوجوه؛ لأن الشمس والقمر يجريان بأمر الله في أفلاكهما من برج إلى برج على تقدير لا يختلف يبعد فيه القمر عن الشمس، كلما بعد زاد ضوءه إلى أن ينتهي في البعد ليلة أربعة عشر، فتكمل استدارته، وضوءه لمقابلة الشمس، ثم يأخذه في القرب؛ كلما قرب؛ نقص ضوءه إلى أن ينتهي في القرب ليلة أربعة عشر، فإذا قدر الله تعالى على ما أحكمه من أمره، وقدره من منازله في سيره أن يكون بإزاء الشمس في النهار فيما بين الأبصار والشمس ستر جرمه عنا، ضوء الشمس كله إن كان مقابلها أو بعضها، إن كان منحرفًا عنها؛ فكان ذلك كسوف الشمس آية من آيات الله، فليس في معرفته ذلك بما ذكرناه من جهة النجوم، وطريق الحساب ادعاء علم غيب، ولا ضلالة بوجه؛ لكنه يكره الاشتغال به؛ لأنه مما لا يعني، وفي الإنذار به ضرر في الدين؛ لأن الجاهل إذا سمعه؛ ظنه من علم الغيب، فيزجر عن ذلك ناقله، ويؤدب عليه كما قال.

قلت في كلامه تنافٍ؛ لأنه صرح أولاً وثانيًا بأن الكسوف من الأمور التي نصب الله تعالى على وجودها سببًا حسيًا، فيعلم وجود ذلك الدليل بالحساب المستند لمعرفة حركة النيرين، وهذا أمر واضح، ولفظ قوله: فإذا قدر الله تعالى إلى قوله: آية من آيات الله؛ يقتضي أنه كنزول زلزلة أو صاعقة، ونحوها من الأمور التي لم ينصب عليها دليل، قال: واختلف في المنجم يقضي بتنجيمه أنه يعلم وقت قدوم فلان، أو نزول المطر، وما في الأرحام، أو ما يستسر به الناس والأخبار، وحادث الفتن والأهوال، وشبهه من المغيبات؛ فقيل ذلك: كفر جيب به قتله دون استتابة، وقيل: يستتاب إن تاب، وإلا قتل، قاله أشهب، وقيل: يزجر، وقيل: يؤدب، وهو له في هذا السماع، والذي أقوله إن هذا الخلاف؛ إنما برغم المنجمين النجوم، واختلاف طلوعها وغروبها هي الفاعلة لذلك كله، وكان مستترًا بذلك، فأسترته بيته؛ قتل بلا استتابة؛ لأنه كافر زنديق، وإن كان معلنًا بذلك غير مستتر به يظهره، ويحاج عليه؛ أستتيب، فإن تاب وإلا قتل، وإن

أقر أن النجوم واختلاف طلوعها وغروبها لا تأثير لها، وأن الله هو الفاعل لذلك إلا أنه جعلها أدلة؛ فهذا يزجر ويؤدب أبدًا حتى يكف، ويرجع عن اعتقاده ويتوب عنه؛ لأنها بدعة يجرح بها، وتسقط إمامته وشهادته، ولا يحل تصديقه له في شيء من ذلك، وأنى يصح في قلب تصديقه مع قوله تعالى: ﴿قُل لَّا يَعْلَمُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ﴾ [النمل: 65]، وقوله تعالى: ﴿عَالِمُ الْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِ أَحَدًا﴾ الآية [الجن: 26].

قُلتُ: بعضهم يجيب عن هذا بأن الغيب ما لم ينصب عليه دليل، ويزعمون أن ما يقولونه هو مما نصب عليه دليل، وهو النصبة الخاصة، وغير ذلك مما تقرر في كتبهم.

وفي نوازل سَحنون عن ابن وَهْب: تارك الجمعة بقرية تجمع فيها دون مرض ولا علة؛ لا تجوز شهادته.

سَحنون: إن تركها ثلاثًا متواليًا للحديث(1).

أَصْبَغ عن ابن القاسم: ترد شهادته إلا أن يكون ممن لا يتهم على الدين؛ لبروزه في الصلاح وعلمه.

أَصْبَغ: ترد شهادته بتركه إياها مرة واحدة دون عذر؛ لأنها فريضة كفريضة الصلاة لوقتها يتركها مرة واحدة لوقتها عمدًا، وبلغني عن عمر بن عبد العزيز: أنه كان يأمر إذا فرغ من الجمعة أن من وجد لم يشهدها؛ ربط في عمود وعوقب.

ابن رُشْد: قول سَحنون أظهر من قول أَصْبَغ، ومعنى قول سَحنون: وإن لم يعلم له عذر، وليس معلومًا بالصلاح، والفضل على ما قال ابن القاسم، وليس قولها بخلاف لابن وَهْب وإنما كان قول سَحنون أظهر؛ لأن المسلم لا يسلم من مواقعة الذنوب، فلا يجرح بها دون الكبائر من الذنوب التي هي صغائر إلا أن تكثر، ولما قال ﷺ: «**من ترك الجمعة ثلاثًا من غير عذر ولا علة؛ طبع الله على قلبه بطابع**

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (1052) في الصلاة، باب التشديد في ترك الجمعة، والترمذي: رقم (500) في الصلاة، باب ما جاء في ترك الجمعة من غير عذر، والنسائي: 88/3 في الجمعة، باب التشديد في التخلف عن الجمعة.

عند الترمذي بلفظ: من ترك الجمعة ثلاث مرَّات تَهاوُناً بها طَبَعَ الله على قلبه.

النفـاق»[1]؛ دل عـلى أن مـا دون الـثلاث بخلافـه في عظـم الإثـم، فوجـب أن يلحـق بالصغائر، وكذا في ترك صلاة واحدة من الصلوات حتى خرج وقتها لغير عذر؛ لا ترد شهادته حتى يكثر ذلك منه.

وفي نوازل سَحنون: من قوي على الحج لا عذر له؛ في تركه إياه جرحة إن جاوز الستين، ولو كان بالأندلس لا قبل ذلك.

ابن رُشْد: الذي أقوله: أنه ليس بجرحة إلا بعد السبعين.

قُلتُ: وله في أجوبته: سقوط وجوبه على أهل الأندلس، وفي نوازله: مطل الغني جرحة؛ لأنه إذاية للمسلم في ماله.

وفي نوازله: من وطئ جارية قبل أن يستبرئها؛ أدب أدبًا موجعًا مع طرح شهادته إن كان عالمًا بمكروه ذلك، فإن كانت لم تبلغ المحيض ومثلها يوطأ؛ فكذلك.

ابن رُشْد: إن كان الحمل مأمونًا عليها؛ لم تسقط به شهادته؛ لرواية علي بن زياد؛ إنه لا استبراء فيها، ومعنى قول سَحنون؛ إنه لا يؤمن حملها، وفي نوازله: خروج الفقيه الفاضل الصالح إلى الصيد متنزها؛ ليس بجرحة.

ابن رُشْد: لأنه مكروه لا حرام، فتركه أحسن.

قُلتُ: وتقدم ذكرنا نقل بعض شُيُوخنا عن بعض القضاة من شُيُوخه: أنه أسقط شهادة بعض شهود الجزيرة القبليَّة مع قائدها في الصيد؛ فلعله؛ لأن الجمع الذي خرج معه لا يجوز صحبته طوعًا.

وفي الواضحة عن الأخوين، وابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ: من يعرف أنه لا يقيم صلبه في ركوعه دون عذر؛ لم تجز شهادته.

الشَّيخ عن ابن كنانة: من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود دون سهو ولا عذر ولو في النفل؛ لم تجز شهادته.

قُلتُ: الأظهر أن علم إقامته في الفرض؛ جازت شهادته قال: وكذا من لا يحكم

---

(1) سبق تخريجه.

الوضوء، ولابن سَحنون عنه، وكذا من هو من أهل الصلاة بالتيمم لسفر أو مرض وهو لا يعرفه، وكذا من لا يعرف قدر نصاب المال، وهو ممن تجب عليه زكاته.

قُلتُ: إلا أن يكون ممن ماله كثير لا يفتقر في زكاته لتحقيق قدر النصاب؛ لأنه لا يتوقف إخراجه على معرفة قدره، وهذا في المال العين لا في الماشيَّة والزرع.

ابن حبيب عن الأخوين: الأغلف الذي لا عذر له في الاختتان؛ لا تجوز شهادته، ولو جاءه الإسلام وهو كبير، اختتن إبراهيم وهو ابن عشرين ومائة.

وفي الزاهي: من أدى زكاته؛ فليس ببخيل، فمن بخل بالزائد على الزكاة؛ لم ترد بذلك شهادته.

وقال بعض أصحابنا: ترد بذلك شهادته، وإن كان مرضي الحال في غير ذلك؛ لأنه ساقط المروءة، ومن ترك المروءة؛ لم تقبل شهادته.

والمروءة: ما سمح به من غير أن يجب عليه: وهو مما أمر الله به، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: 90]؛ فالعدل: الحق، والإحسان: ما أضيف إليه، والروايات والأقوال واضحة بأن ترك المروءة جرحة؛ لأن تركها يدل على عدم المحافظة الدينيَّة، وهي لازم العدالة، وتقرر بأنها مسببة غالبًا عن اتباع الشهوات.

المازري: لأن من لا يبالي بسقوط منزلته، ودناءة همته؛ فهو ناقص العقل، ونقصه يوجب عدم الثقة به.

[باب في المروءة]

وفيها: والمروءة: هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفًا؛ كشرط المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافيًا، وعلى ترك ما فعله من مباح؛ يوجب ذمه عرفًا؛ كالأكل عندنا في السوق، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﵀: والمروءة هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفًا كترك الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافيًا، وعلى ترك ما فعله من مباح يوجب ذمه عرفًا كالأكل عندنا في السوق أو في حانوت الطباخ لغير الغريب، ونقل قبله من كلام الزاهي المروءة ما =

ابـن محـرز: لا تـرد شـهادة ذوي الحـرف الدنيَّـة؛ كالكنـاس، والـدباغ، والحجـام، والحائك إلا من رضيها اختيارًا ممن لا تليق به؛ لأنها تدل على خبل في عقله، وشهادة الصبيان الذكور في جراحهم المذهب صحتها.

ابن حارث اتفاقًا.

المازري: هو معروف مذهب مالك وأصحابه إلا ابن عبد الحَكم فإنه منعها.

ابن زرقون: قال مُطَرِّف ومحمد بن صدقه في المبسوطة: لا تجوز شهادة الصبيان بحال، ونحوه لابن عبد الحَكم.

قُلتُ: لم يعزه ابن رُشْد إلا لمُطَرِّف.

اللخمي: وشرط القاضي أن يكون ممن يعقل الشهادة.

قُلتُ: كقولها: وتجوز وصيَّة ابن عشر سنين وأقل ممن يقاربها.

اللخمـي: في إلحـاق النسـاء بهـم فيـما يقـع بيـنهن مـن الجـراح في المـآتم والعـرس والحمام، نقـل الجـلاب في ذلـك قـولين، ولـو لم يكونـا عـدلين؛ لأنـه موضـع لا يحضره العـدول، وأرى أن يقسـم معهـا في القتـل، وتحلـف إن جرحـت وتقـتص، وإن عـدلتا؛ أقتص لها في القتل دون قسامة، وأقتصت في الجرح بغير يمين، وأجاز محمد في المرأة

سـمح بـه مـن غـير أن يجـب عليـه قـال: وهـو ممـا أمـر الله بـه قـال تعـالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: 90] فالعدل الحق والإحسان ما أضيف إليه قول الشَّيخ: (هي المحافظة).

(فإن قلت): صير الشَّيخ ﷺ الجنس للمروءة المحافظة كما ذكر ذلك ابن الحاجب في العدالة، ولم يقل الشَّيخ: صفة مظنة تحمل على فعل إلخ فما سر ذلك، وهلا قال في الجمع صفة أو قال المحافظة في كل ذلك.

(قُلتُ): لما كانت المروءة مأخوذة في حد العدالة؛ لأنها صفة تحمل على ترك المعصية، وفعل المروءة كانت فعلا من الأفعال، وهو المحافظة على فعل ما يشين تركه فناسب الإتيان بالمحافظة في جنس المروءة وبقيَّة حده ظاهر في إخراجه وإدخاله، وهو أجمع وأمنع من نقل الزاهي وكلام الزاهي فيه إشكال فتأمله؛ لأن قوله ما سمح به من غير أن يجب عليه فهذا غاية ما يدخل فيه المأمورات المتطوع بفعلها أو بتركها، ثم قوله: وهو مما أمر الله به إلخ، وقد فسر العدل والإحسان بما فسره به ففيه ما لا يخفى.

قيل: وإنما كان ترك المروءة جرحة؛ لأن تركها يدل على عدم المحافظة الدينيَّة والله أعلم.

تدعي على زوجها أنه بنى بها، وأرخى الستر؛ شهادة امرأتين ويمينها؛ لأنه مما لا يطلع عليَّة إلا النساء، وقيل في هذا الأصل: لا يمين عليها.

قُلتُ: لفظ الجلاب: لا تجزئ شهادة النساء بعضهن على بعض؛ حيث لا يحضرن الرجال كالحمام والعرس والمآتم.

وقال بعض أصحابنا: يجوز في ذلك؛ فظاهره: أن معروف المذهب سقوطها.

وقال المازري في قبول شهادتهن في ذلك روايتان، وظاهر كلام اللخمي والمازري: الاتفاق على شرط حرييهم.

ابن رُشْد: في سماع أشهب: أما الصبيان المماليك؛ فلا أحفظ في المذهب خلافًا أن شهادتهم لا تجوز، وكذا صبيان أهل الذمة.

ابن زرقون: حكى القاضي في شرح الرسالة عن بعض متأخري أصحابنا: أن شهادة العبد منهم جائزة، ويشترط تعددهم فيها؛ لا تجوز شهادة واحد منهم.

اللخمي: إن شهد واحد على قتل مجهز، فعلى قول مالك؛ لا يقسم معه، ولابن نافع في كتاب ابن مزين: يقسم معه.

ولابن رُشْد في سماع أشهب: لا تجوز شهادة الواحد منهم على قول ابن القاسم وروايته، وقيل: تجوز شهادته مع يمين المشهود له، قيل: إذا بلغ، وقيل: يحلف والده عنه، ويستحق ما شهد له به، قاله ابن الماجِشُون، وابن نافع في المبسوطة.

اللخمي: اختلف إن اختلفت شهادتهم، ولم يخرجوا القتيل عنهم، شهد اثنان أن هذين قتلاه، وقال المشهود عليه: بل أنتما قتلتماه؛ فقيل: تسقطان، وقيل: الديَّة على عاقلة الأربعة، وفي هذا الأصل في الرجال اختلاف لو اختلف قاتل بآخر، وقال كل منهما لصاحبه: أنت القاتل، قيل: لا شيء عليهما، وقيل: الديَّة على عاقلتهما، والأول أحسن؛ لأن إحدى العاقلتين مظلومة قطعًا.

ولعبد الملك: إن شهد صبيان أن صبيًا قتله، وشهد آخران أن دابة أصابته؛ قضي بشهادة القتل، والصحيح سقوطها باختلافهم، وإن اختلفت شهادتهم بعد أن قيدت أخذ بأول قولهم، وإن بلغوا وعدلوا وشكوا؛ أخذ بأول قولهم.

الصقلي: روى ابن وَهْب في ستة صبيان لعبوا في البحر، فغرق أحدهم، فشهد ثلاثة على اثنين أنهم غرقاه، والاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه: أن العقل على خمستهم، محمد: هذا غلط، ولا تجوز، وقاله ابن حبيب عن مُطَرِّف قال: ولو كانوا كبارًا؛ فالديَّة في أموالهم.

ولابن الماجِشُون في العتبيَّة: لو شهد صبيان بقتل صبي صبيًا، وآخران بأن دابة أصابته؛ قضي بشهادة الصبيين على القتل.

بعض فقهائنا: تسقط لاختلافهم.

أَصْبَغ: إن شهد صبيان بقتل صبي صبيًا الساعة، ورجلان بأنهما كانا حاضرين حتى سقط الصبي، فمات؛ قبلت شهادة الصبيين دون الكبيرين.

ابن سَحنون: أنكر سَحنون قول أَصْبَغ، وقال: قول أصحابنا شهادة الكبيرين أحق، بعض فقهائنا هذا أصوب؛ لأن حضور الكبار يسقط شهادة الصبيان أثبتت أو نفت، وشرط ابن الحاجب في قبول شهادتهم كونها قبل تفرقهم.

ابن عبد السلام: هذا مراد الفقهاء بقولهم: ما لم يخببوا، فإن افتراقهم مظنة مخالطتهم من يلقنهم ما تبطل به شهادتهم.

قُلتُ: مقتضى قولها: تجوز شهادة الصبيان ما لم يفترقوا، أو يخببوا مع اختصارها أبو سعيد كذلك؛ إنهما غير مترادفين، وكذا لفظ اللخمي: قبل تفرقهم وتخببهم، ولفظ الجلاب: إذا شهدوا قبل أن يفترقوا ويخببوا، فإن افترقوا وأمكن تخبيبهم؛ لم تقبل شهادتهم إلا أن يشهد الكبار على شهادتهم قبل افتراقهم، ونحوه لفظ ابن فتوح، وقال: معنى يخببوا؛ أي: يعلموا.

الباجي: التخبيب: أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم، وسمع أشهب: لا تجوز شهادة الإناث منهم.

ابن رُشْد: قيل: هي جائزة في الجراح دون القتل وفي القتل؛ وهو قول المخزومي فيها على أحد التأويلين، في قوله: قيل: وحدهن دون صبي؛ كامرأتين دون رجل فيما لا يحضره الرجال؛ وهو قول ابن الماجِشُون، وقيل: يشرط أن يكون معها صبي؛ وهو

قول مُطَرِّف وسَحنون في نوازله.

قُلتُ: ولابن حارث: روى ابن حبيب: أن مُطَرِّفا يجيز شهادة الإناث الصبيان، كما يجيز شهادة ذكورهم.

المازري: منع مالك وأشهب شهادة إناثهم، وأجازها المغيرة مطلقًا في القتل والجراح.

وعن مالك، وبعض أصحابه: تقبل مضافة لشهادة صبي ذكر لا دونه.

ولابن زرقون عن التونسي: ظاهر قول ابن القاسم، وقول عبد الملك: أن شهادتهن وحدهن جائزة؛ وهو الواجب إذا كانت العادة أن الصبايا لا يختلطن بالصبيان في لعبهن، ولعل سَحنونا ومُطَرِّفا؛ إنما منعا ذلك؛ لأن العادة انفرادهن عن الصبيان، وفي قبول شهادة الصبيان في القتل بينهم قول ابن القاسم مع روايته، وقول أشهب فيها.

وفي نوازل سَحنون: اختلف أصحابنا والروايات في قبولها في القتل، والذي أخذ به جوازها حيث تجوز منهم كبارًا.

الباجي: إذا جوزت في القتل، فقال غير واحد من أصحاب مالك: لا تجوز فيه حتى يشهدا العدول على رؤية البدن مقتولاً.

ابن رُشْد: رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله غير واحد من أصحابه، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في شهادة المرأتين في الاستهلال، وقتل الخطأ؛ لضعف شهادة الصبيان عندي.

الباجي: إذا شهد على شهادتهم قبل افتراقهم؛ فلا عبرة برجوعهم عن الشهادة قاله ابن وَهْب.

وقال سَحنون ومحمد: إلا أن يرجعوا قبل الحكم، وبعد أن صاروا رجالاً، فتبطل شهادتهم، كما لو شهد رجلان أن ما شهد به الصبيان باطل، وقاله ابن الماجِشُون في المجموعة.

الباجي عن محمد: لم يختلف أنه لا ينظر إلى عدالتهم أو جرحتهم.

قُلتُ: الأظهر اعتبار منع الكذب قبول شهادة من عرف به منهم.

وفي نفي مانعيّة العداوة والقرابة بينهم: ثالثها: العداوة، وتعتبر القرابة لابن زرقون عن محمد وابن القاسم وعبد الملك.

ابن رُشْد: لا تجوز لكبير على كبير، وفي إجازتها لكبير على صغير، وعكسه قولا ابن الماجِشُون وابن القاسم.

الباجي عن محمد: إن كان معهم كبير مشهود عليه أوله؛ لم تجز شهادتهم إلا كبيرًا مقتولاً، لم يبق حتى يعلمهم؛ يريد: قتل قعصًا.

ابن زرقون في المدَوَّنة: لا تجوز شهادتهم لكبير على صغير أو كبير.

زاد فيها في الديات: في القتل والجراح، وظاهره خلاف قول محمد: إلا كبيرًا مقتولاً، وعزا قول ابن الماجِشُون له مع مُطَرِّف وروايتهما.

أبو عمر عن ابن حبيب: لا نعلم خلافًا أن شهادة الصبيان لغو حيث يحضر الكبار والعدول، وقاله سَحنون، وعنه إجازتها.

الباجي: ولو كان الكبار نساء؛ لأنهن يجزن في الخطأ وعمد الصبي؛ كالخطأ، قاله سَحنون.

قُلتُ: هو نصها مع كل المذهب، وهل تراعى عدالة الكبير؟

قال مالك: إن شهد صبيان مع كبير؛ لم تجز شهادتها.

الأخوان: إن كان عدلاً، وإن مسخوطًا، أو عبدًا؛ جازت، وقاله أَصْبَغ.

ولابن سَحنون عنه: إن كان ظاهر السفه والجرحة؛ جازت، ثم وقف عن إجازتها.

وروى ابن سَحنون وأشهب: لا يقبل صبي أو صبيان، ورجل على صبي، وليأت برجل آخر.

وفي صحة شهادة من لم يكن منهم معهم في لعبهم؛ نقل ابن زرقون عن ابن مزين: لا أبالي كان الصبيان الشاهدان في جماعة مع الجارح أو المجروح، أو في جماعة ليسوا معهم، وعن مالك: أنها تجوز فيما بينهم.

أبو عمر: أجمعوا إن يعدل، ويعلم، ويجرح بعلمه، وأنه إن علم أن ما شهد به

الشهود على غير ما شهدوا إنه ينفذ علمه، ويرد شهادتهم بعلمه، قالوا: لأنه لو لم يحكم بعلمه لتسلسل، وتعقب بقطعه بمشهور العدالة، وبأنه لا يلزم في التجريح لصحته بمشهور العدالة، ويجاب بأن كونه بمشهور العدالة؛ هو بعض صور كونه بعلمه. وجواب ابن عبد السلام بأن مرادهم هنا بالتسلسل؛ التسلسل الظني لا العقلي، والتسلسل الظني لا يرتفع بصورة نادرة يرد بأن هذه الصورة النادرة وجودها يرفع ندورها؛لأنها بها يوجد غيرها، ثم يوجد بهما صور كثيرة يرتفع بها ندورها، وبأن عدولهم عن عبارة التعليل بأنه يؤدي إلى عسر إثبات العلم بالعدالة والجرح إلى عبارة التسلسل قرينة في أنه المعهود إطلاقه في أصول الفقه وهي العقلي؛ ولذا قال المازري في تقرير التسلسل: وهذا كما يقوله أهل الأصول في استحالة حوادث لا أول لها.

وللصقلي في أواخر كتاب الأقضية عن سَحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة، وأنا أعلم خلاف ما شهدا به؛ لم يجز أن أحكم بشهادتهما، ولا أن أردهما لعدالتهما، ولكن أرفع ذلك إلى الأمير الذي فوقي، وأشهد بما علمت، وغيري بما علم، ولو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق؛ لم أقض بشهادتهما؛ لأني أقول في كتاب حكمي بعد أن صحت عندي عدالتهما، وإنما صح عندي جرحتهما، وقال نحوه ابن الماجِشُون وابن كنانة، فقلته لابن عبد السلام نقله هنا، وهو من فصل حكم الحاكم بعلمه في غير التعديل والتجريح.

وذكر الأبياري في كتاب الأخبار من شرح البرهان له ما نصه: لو شهد العدول عند الحاكم بأمر يعلم خلافه، هل يحرم عليه الحكم أو يجب؟ ذهب مالك إلى إنه يجب عليه في المشهور عنه إذا لم يعلم تعمدهم للكذب؛ لأنه فسق، وهو يحكم في التجريح بعلمه، وقال غيره: لا يحكم بما علم خلافه، وهو يحكم في التجريح في غيابه.

قال بعض محدثي شُيُوخ بلدنا الرحالين فيمن أدرك من شُيُوخ المشرق: منهم الإبياري على بن إسماعيل الصنهاجي، ثم التلكاتي من إبيار قرية بين مصر والإسكندريَّة تفقه على أبي الطاهر السلفي، وهو من أكابر أصحابه، كان فقيهًا مالكيًا حافظًا بالمذهب، وانتهت إليه رئاسة الفقه والحديث، ورحل الناس إليه، له تصانيف

حسان منها: شرح التهذيب، ومنها: شرح البرهان كان دينًا فاضلاً مستجاب الدعوة.

المتيطي: لا يقبل القاضي فيمن يعلم جرحته تعديلاً ممن شهد به.

وقال أبو عمر في كافيه عن محمد: أنه يقبل فيه التعديل، وإن علم خلاف ذلك؛ لأنه إن رد الشهادة بتعديله؛ قضى بعلمه؛ وهو لا يقضى بعلمه.

ابن حارث: روى ابن عبدوس: من عرفه القاضي بجرحة؛ لا يقبل فيه تزكية.

ابن القاسم: إن كانت معرفته جرحته حديثة، وإن قدمت قبلها فيه.

ابن حارث: قديم معرفته عدالته، وكذا قديم معرفته جرحته، إلا أن يعرف جرحته قديمة بأمر باطن، وزكي بأمر ظاهر؛ فتزكيته لغو.

وفى التهذيب: ومن الناس من لا يسأل عنه، ولا تطلب فيه تزكية؛ لشهرة عدالته عند القاضي والناس.

ولفظها في المَدَوَّنة: قال مالك: من الناس من لا يسأل عنه، ولا تطلب منه التزكية؛ لعدالتهم عند القاضي.

وفي النوادر: قال محمد بن عبد الحَكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه؛ لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه؛ لشهرته بغير العدالة؛ إنما يكشف عما أشكل عليه،وقد شهد ابن أبي حازم عند قاض المدينة أو أعمالها، قال: أما الاسم؛ فاسم عدل، ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم، فأعجب ذلك مشايخنا.

قُلتُ: وذكر لي بعض شُيُوخي عن بعض شُيُوخه: أن الشَّيخ الفقيه أبا زكريا البرقي فقيه المهديَّة شهد في مسيره للحج عند قاضي الإسكندرية، فلما قرأ اسمه قال: أنت البرقي فقيه المهديَّة، فقيل له: نعم، فكلف المشهود له البينة على أنه هو، وحكم له بشهادته دون طلب تعديله.

المتيطي: للباجي في وثائقه: التعديل يجوز في كل شيء الدماء وغيرها، وقيل: لا تكون عدالة في الدماء، قاله أحمد بن عبد الملك، ولا يقضى به.

قُلتُ: تقدم نقله، ووهم من نقله بزيادة الحدود، وسمع يحيي سؤال ابن القاسم عن الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة، ولا بحال فاسدة، وهو يشهد الصلوات في

المساجد جوابه: بأنه لا ينبغي له أن يقبل إلا ثابت العدالة.

ابن رُشْد: قوله: لا يقبل من لم يعرفه بعدالة ولا سخطة، وإن كان ظاهر الصلاح بشهود الصلوات في المساجد، وبأنه لا يعرفه بأمر قبيح هو قول جمهور أهل العلم، ومذهب مالك وجميع أصحابه لا اختلاف بينهم فيه.

وأجاز ابن حبيب شهادة من ظاهره العدالة بالتوسم فيما يقع في الأسفار بين المسافرين من المعاملات، والتجارات، والأكرية بينهم وبين المكارين مراعاة لقول الحسن، والليث بن سعد، لقول عمر ﷺ: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودًا في حدًا، أو مجربًا عليه شهادة زور، أو ظنينًا في ولاء أو قرابة، وحكى ذلك عن مالك وأصحابه، وهو خلاف ظاهر قول ابن القاسم وروايته فيها؛ إذ لم يجز شهادة الغرباء دون تعرف عدالتهم إلا أنه رخص في تعديلهم، فأجاز فيهم التعديل على التعديل.

وعن يحيي بن عمر: إجازة شهادة من لم تعرف عدالته في الشيء اليسير، وهو استحسان، مراعاة لقول الحسن والليث، والكافر قرب إسلامه في قبول شهادته مطلقًا، وبعد اختيار حاله، ثالتها إن كانت صفاته قبل إسلامه؛ لم ينقص منها غير إسلامه؛ لظاهر نقل المازري عن المذهب مع مختصر الشَّيخ عن سَحنون، وبعض تعاليق أبي عمران.

وفي سرقتها: لو حد نصراني في قذف، ثم أسلم بالقرب؛ قبلت شهادته، قلت: هذا يرد القول باختبار حاله، وقول أبي عمران.

وفي الزاهي لابن شعبان: قيل: شهادة الكافر قبل إسلامه مقبولة يجب الإسلام ما قبله، وكذا الصبي قرب احتلامه بخلاف العبد حين يعتق؛ ينظر في حاله قبل عتقه.

وقول ابن الحاجب: وإنما يجب عليها لاستزكاء مهمًا شك تفسيره.

ابن عبد السلام: بالشك الأعم من الظن الصادق عليه، وعلى قسيم الشك الأخص حسن، من حيث حمله على أصل المذهب، كما تقدم في سماع عيسى، وتبع ابن الحاجب فيه ابن شاس، وتبع ابن شاس نص وجيز الغزالي، ولفظهما: وإنما يجب عليه

الاستزكاء مهما شك، وإن سكت الخصم إلا أن يقر بعدالته، وسياق كلامهما يدل على أن إقرارهما بعدالته؛ إنما هو بعد أداء شهادته لا قبلها.

وعبر ابن الحاجب عن ذلك بقوله: ولو أقر الخصم بالعدالة؛ حكم عليه خاصة، ولا أعرف هذا الفرع لأحد من أهل المذهب، ونقله ابن شاس، وابن الحاجب عن المذهب؛ يقتضي أنه نص فيه، فالله أعلم هل وقعا عليه في المذهب نصًا، أو إنما وجداه للغزالي، فظنا أنه جار على أصول المذهب؟وهذا العذر لا يبيح إضافته للمذهب نصًّا، ولهما مثل هذا في مواضع كثيرة، وفي جريه على أصل المذهب نظر؛ لأنه إقرار متناقض، فيجب طرحه؛ لبطلانه بتناقضه، وتقريره أن الخصم إن أقر بحقيَّة ما شهد به؛ صار موجب الحكم عليه إقرارًا، وقد فرضناه بينة، هذا خلف، وإن نفى حقيَّة ما شهد به؛ كان حاكمًا عليه بالكذب عمدًا أو تعقلاً، وكلاهما منافي للعدالة المعتبرة في الحكم.

فإن قلت: قد نص عليه أبو عمر في آداب القضاة من كافيه قال ما نصه: إن شهد عند القاضي شهود لم يعرفهم، واعترف المشهود عليه بعدالتهم؛ قضى بهم عليه إذا لم يكذبهم، ولا يقضي بهم على غيره إلا بتعديل.

قُلتُ: قول أبي عمر: إذا لم يكذبهم؛ تصير المسألة إلى باب الإقرار لا الحكم بالبينة.

وقال المتيطي: إثر قول أبي عمر: قال أَصْبَغ: إذا رضي الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي؛ لم يحكم بها.

ولابن عات في الاستغناء عن ابن كنانة: إن شهد من عدله رجل على من عدله؛ لم يكلف تعديله، لأنه رضي بشهادته بتعديله، وزيادة أبي عمر لم يكذبهم لم يذكرها ابن الحاجب.

وفي رسم الشجرة من سماع ابن القاسم في التزام أحد الخصمين شهادة فلان: أنه إن قاله تبكيتًا لخصمه، وإبراء للشاهد من الكذب؛ لم يلزمه ما يشهد به عليه اتفاقًا، وإلا ففي لزومه له فيما تحققه كدين عليهو وما لا تحققه كدين على أبيه، أو حدود أرض ثالثها: في هذا لمُطَرِّف وابن القاسم، مع ابن الماجِشُون، وأَصْبَغ، وعيسى بن دينار، وابن كنانة مع ابن دينار، واختيار سَحنون، كان الشاهد عدلاً أو مسخوطًا أو نصرانيًا،

وقيل: إلا النصراني، وإن لم يبين كونه تبكيتًا؛ فهو فيما نازعه فيه من قول أو فعل على التبكيت، وفيما لا علم له به من حدود أرض، أو دين على أبيه على عدم التبكيت.

وفي نوازل سَحنون: ليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته؛ قد تجوز شهادة الرجل، ولا تجوز عدالته، لا يجوز في التزكية إلا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع في عقله، ولا يستنزل في رأيه، ولا ينبغي لأحد أن يزكي رجلاً، إلا رجلاً قد خالطه في الأخذ والعطاء، وسافر معه ورافقه.

قال مُطَرِّف بن عبد الله: لا يجوز في الجرحة والتعديل إلا العدل المنقطع، وليس كل من جازت شهادته؛ يجوز في الجرحة.

ابن رُشْد: هذا مما لا خلاف فيه، ومعنى قول مُطَرِّف؛ إنما هو إذا لم ينص على الجرحة ما هي، وإنما قال: أشهد أنه ليس من أهل الرضا والعدالة، ولو شهد عليه أنه شارب خمر، أو صاحب قيان، أو عدو للمشهود عليه، وشبه ذلك؛ جازت شهادته بذلك إذا كان جائز الشهادة، وإن لم يكن مبرزًا في العدالة وهو نصه ونص أَصْبَغ في الواضحة، ولما ذكر المتيطي قول سَحنون: إن شهود التعديل لا يكونوا كشهود سائر الحقوق، قال عليه أكثر أصحاب مالك، وبه العمل.

قال: وعنه أن شهود التزكية كشهود سائر الحقوق.

اللخمي: لا يقبل التعديل بيسير المخالطة؛ لأنه لا يدرك إلا بطولها؛ لأن الإنسان يزين ظاهره، ويكتم عيبه.

قال محمد: لا يقبل ذلك حتى تطول المخالطة، فيعلم باطنه كما يعلم ظاهره؛ يريد يعلم باطنه في غالب الأمر لا أنه يقطع بذلك.

قُلتُ: هذا مع متقدم قول سَحنون: لا ينبغي أن يزكي إلا من خالطه في الأخذ والإعطاء، وسافر معه ورافقه؛ كالنافي لنقل الشَّيخ عن ابن سَحنون عنه من عدل رجلاً لم يعرف اسمه قبل تعديله، وانظر هذا مع تعقب بعض أهل الزمان تزكية الشاهد بعض العوام مع شهادته عليه بالتعريف بعد تزكيته إياه قبلها بقريب.

اللخمي: إن علم بمخالطته اجتنابه الكذب والكبائر والوفاء بالأمانة؛ جاز تعديله

إياه، ويقبل تعديله من جيرانه، وأهل محلته لا من غيرهم؛ لأن وقفهم على تعديله مع كونهم أقعد به رتبة في تعديله، فإن لم يكن فيهم عدل؛ قبل من سائر بلده.

المتيطي: لا يزكي الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه وجيرانه، رواه أشهب، وقاله الأخوان.

ولما ملك الأمير أبو الحسن المريني إفريقيَّة قدم تونس، فوجد الشَّيخ الفقيه القاضي ابن عبد السلام قدم شهودًا بتونس، لم يمض لتقديمهم إلا عدة أشهر، فذكر له بعض من وثق بكلامه ما وجب أن أمر القاضي المذكور بوقفهم إلا إمام الجامع الأعظم منهم، فإنه قدم فيهم لغرض فوقفهم، وطال وقفهم أزيد من عام أو قربه، حتى سعى بعضهم على يدي بعض من كان يتكرر للشيخ أبي عبد الله السطي في أن يكلم السلطان عسى أن يفوض للقاضي في رد من شاء منهم، وكان التناصي وعد الواسطة في أن يقدم معه إذا وقع التفويض، فلما كلم الشَّيخ السطي السلطان، وفوض للشيخ ابن عبد السلام؛ قدم ولده والساعي، ومن شاء منهما، ولم يقدم الواسطة، فبعث الشَّيخ السطي إلى السلطان الساعي، وكلمه في توفيته بما وعد به الواسطة، وأن يكلم عنه الشَّيخ ابن عبد السلام في تقديمه فأتاه عنه، وقال له: يقول لكم: إن ارتهنتم فيه نقدمه، وكانت أسباب الجرح إذا نالت الشَّيخ السطي تصدر عنه شديدة، فأجابه بجواب اللائق من ذكره أنه قال له: قل له: هذا منك غفلة أو استغفال، أما تعلم أن المنصوص أنه إنما يعدل الرجل أهل محلته وجيرانه، وذكر ما تقدم من نقل اللخمي والمتيطي قال له: وهذا الذي طلبت مني تعديله أنت عالم بأن معرفتي به حديثة لمدة يسيرة، وليس من بلدي، وهو قاطن معك مخالط لك؛ كمخالطة غيره ممن قدمته، فلم يستطع أن يرد إليه جوابًا؛ لأن القول بالعلم نور لا يرده ذو ديانة أنصف.

وفي آخر لقطتها: إن شهد قوم على حق، فعدلهم قوم غير معروفين، وعدل المعدلين آخرون، فإن كان الشهود غرباء؛ جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد؛ لم تجز؛ لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة.

وسمع القرينان: أترى المسألة عن الشهود سرًا؟ قال: نعم، ولا يسأل إلا العدول.

ابن رُشْد: المسألة عنهم سرًا؛ هو تعديل السر ينبغي للقاضي فعله، ولا يكتفي بتعديل العلانية دونه، ويكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية.

حكى هذا ابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ ومعناه: في الاختيار لا اللزوم على ما في المدَوَّنة وغيرها، وتعديل السر يفترق من العلانية في أنه لا إعذار في السر، وفي أنه يجزي فيه الشاهد الواحد، والاختيار اثنان، بخلاف العلانية في الوجهين.

وعن سَحنون: لا يقبل في السر إلا اثنان، وهو ظاهرها ومعناه: في الاختيار، فلا خلاف في إجزاء الواحد في السر، وحمل بعضهم ذلك على أنه اختلاف من القول غير صحيح، وإنما كان تعديل السر أقوى من العلانية؛ لأن الشاهد قد يسأل التزكية، فيستحيي من التوقف عنها.

قال ابن شبرمة: أنا أول من سأل في السر كان الشاهد إذا أتى القوم ليزكوه استحيوا منه، وتعديل السير هو أن يبتدئ القاضي بالسؤال عن الشاهد من يظن أنه خبير بحاله من جيرانه وأهل خلطته، ومكانه أو يتخذ رجلاً يوليه السؤال عن الشهود، فيقبل ما أخبر به وحده، ولا ينبغي له هو أن يكتفي بسؤال واحد خوف أن يكون بينه وبين الشاهد عداوة. هـ.

وتعديل العلانية أن يقول القاضي للمشهود له: لا أعرف شهودك، فعدلهم عندي: لا يجوز فيها إلا اثنان، ويلزم الإعذار بهما للمشهود عليه.

هذا معنى ما فيها، والواضحة وغيرهما من الدواوين لا خلاف في شيء منه هـ.

اللخمي: تقبل التزكية سرًا، واختلف في قبولها علانية، فأجازه فيها، ومنعه ابن الماجِشُون وهو أحسن؛ لأن الناس يتقون أن يذكروا في العلانية سرًا خوف العداوة.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: وليكن التعديل سرًّا وعلانية، ولا أحب أن يجتزئ بالسر عن العلانية.

الباجي: الأفضل الجمع بينهما، ووجه الاكتفاء بالسر عن العلانية، أنه لا يجتزئ بالسر إلا بالخبر الفاشي المتكرر الذي يقع به العلم؛ ولذا لا يعذر فيه، ويعذر في العلانية للمشهود عليه.

وروى ابن القاسم: لا يجوز في تزكية العلانية أقل من اثنين، وهذا في كل شيء إلا في الزنا، ولابن حبيب.

روى مُطَرِّف: لا يعدل كل واحد من شهود الزنا إلا أربعة.

ولابن الماجِشُون: يجوز فيهم في غيرهم اثنان على كل واحد منهم، أو أربعة على جميعهم، وعدد المزكين في السر.

روى ابن القاسم في المجموعة: يكفي الواحد، وروي عنه في العتبيَّة: لا أحب أقل من اثنين.

وقال سَحنون: لا يقبل أقل من اثنين.

ابن زرقون: هو ظاهرها.

وحمل أبو الوليد المسألة على الخلاف، وهو أظهر.

وقال غيره: ليس بخلاف، والواحد يجزئ في السر اتفاقًا، وإن كان الاختيار اثنين.

قُلتُ: لأن أصل المذهب أن ما يبتدئ القاضي بالسؤال عنه، يكتفى فيه بالواحد كذا عبر بعضهم بأنه أصل المذهب، ونقله ابن المناصف عن ابن الماجِشُون قال: وقيل لابد من اثنين على كل حال، ولو فيما ابتداه، وهو الأولى إن شاء الله.

وعزاه ابن رُشْد لابن حبيب، وأَصْبَغ عن ابن القاسم، ولم يحك فيه الأول خلافًا.

وقال: هو الصحيح على أصولهم.

المتيطي لمُطَرِّف في الواضحة: يجوز تعديل الواحد في الحقوق، وفي موضع آخر منها: لا يكون باثنين إلا أن يكونا من أهل العلم بالعدالة، والشهرة في العدالة.

وعن ابن كنانة: لا يكون التعديل بأقل من ثلاثة، حكاه ابن مغيث عنه في وثائقه.

قُلتُ: ففي ثبوت تعديل العلانية باثنين ولو في الزنا، وشرطها فيه بأربعة لكل شاهد معروف المذهب، ورواية مُطَرِّف.

[illegible] ثالثها: وجوبهما، ورابعها: وجوب ثلاثة لرواية ابن القاسم في المجموعة، وسماعه وسَحنون وابن كنانة.

وسمع يحيي ابن القاسم: لا ينبغي لقاض شهد عنده من لا يعرفه أن يكتب في

تعديله إلا لقاضي يثق بعلمه ونظره ودينه، وإلا لم يكتب إليه، فإن كان في الكور رجال ترضى حالهم؛ كتب لهم سرًا أن يسألوا عن الشاهد سؤالاً حثيثًا، فإن كان عندهم مشهورًا بالعدالة، معروفًا بالصلاح؛ كتبوا بذلك، فأجاز شهادته، وإلا تركه حتى يعدل.

ابن رُشْد: لم يبين هل يلزم القاضي أن يكتب في هذا التعديل أم لا؟ وأرى لزومه إن كان المكتوب إليه من عمله على ماله.

في رسم الأقضية لابن غانم من سماع أشهب من الأقضية، ولا يلزمه إن لم يكن من عمله إلا أن يكون في حق لله من طلاق أو عتق وشبهه، وما ليس حقًا لله؛ لا يلزمه إلا في موضعه، ويستجب له الكتب لقضاة عمله، وعدول موضع الشاهد؛ لأن الكشف عن البينة على القاضي الذي شهدت عنده، فإن عجز؛ كلف المشهود له تزكيتهم هذا تفسير الروايات بعضها بعضًا، وحمل بعض أهل النظر ما في هذا السماع، وسماع زونان على أنه يلزمه أن يكتب في تعديل من شهد عنده إلى قاضي موضعه: ولو لم يكن من أهل عمله، وهو من التأويل البعيد.

المازري: أنكر سَحنون أن يزكى شاهد عند قاض؛ ليمض القائم بشهادته إلى بلد آخر، فيشهد له، ثم يأخذ بتلك التزكية، ومن له شاهد لا يعرف عدالته إلا رجلان خاف، فقدمهما قبل تيسر طلبه، فأسمع شهيدين شهادتهما بعدالته؛ ففي قبولها عند قيامه بها قولا سَحنون.

وفيها: ويزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي.

الصقلي عن سَحنون: معناه: إن كان مشهورًا، فأما غير المعروف؛ فلا يزكى إلا بحضرته.

عبد الحق: معناه: إن كان غائبًا عن مجلس القاضي، وهو حاضر البلد، أو قريبًا جدًا، ومن بعدت غيبته؛ جازت تزكيته، كما يقضى عليه، ونحوه لأبي محمد.

اللخمي: يسمع الجرح في المتوسط العدالة مطلقًا، وفي المبرز والمعروف بالصلاح والفضل؛ تجريح العداوة أو العجزة، أو القرابة، وشبه ذلك.

وفي قبولها فيه بالإسفاه قولا سَحنون وأَصْبَغ في العتبيَّة والواضحة.

وعلى قبول تجريحه: ففي حال من يقبل منه أربعة:

سَحنون: لا تقبل إلا من مبرز في العدالة.

ابن الماجِشُون: يجرح الشاهد بمن هو مثله بالأسفاه الأيمن هو دونه.

ابن عبد الحَكم: لا يقبل في بين العدالة إلا من هو معروف بالعدالة، وأعدل منه، ويذكر ما جرحه به، فأما ما يثبت بالكشف عنه؛ فلا يقبل تجريحه لأهل العدالة البينة.

مُطَرِّف: يجرح الشاهد بمن هو مثله، ودونه بالإسفاه وهذا أحسن؛ لأن الجرح مما يكتم، والاستحسان ألا يقبل في المبرز إلا من مبرز، ولو كان دونه في التبريز.

قُلتُ: هذا هو قول سَحنون، وإلا لم تكن الأقوال أربعة إلا باختياره هذا، فتأمله.

ولابن رُشْد في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب: المبرز في العدالة لا يجرح بالإسفاه، قاله أَصْبَغ في الواضحة؛ وهو تفسير لقول من أجمل القول في ذلك؛ كقول سَحنون في نوازله، وغيره من أصحاب مالك.

وعن مالك: لا يباح تجريح المبرز بعداوة ولا غيرها، وهو بعيد، واختلف في التجريح بالإسفاه؛ فقال ابن الماجِشُون: لا يجرحه به إلا من هو فوقه في العدالة، وهذا إذا نصوا الجرحة في التجريح، ولو قالوا هو غير عدل، ولا جائز الشهادة؛ لم يجز في ذلك إلا المبرز العارف بوجوه التعديل والتجريح.

المتيطي: منع ابن العطار من إسقاط شهادته بالعداوة ممن هو دونه، وأجازها ابن الهندي.

ابن عات: لا أعلم فيه خلافًا.

قال ابن رُشْد: في الرسم المذكور أيجرح الشاهد برجل واحد؟ قال: لا.

ابن رُشْد: لا يجرح المشهود عليه من شهد عليه إلا بشاهدين اتفاقًا؛ وإنما يجرح بالواحد، ويعدل به إذا ابتدأ الحاكم بالسؤال عن الشاهد من يثق به، قاله ابن حبيب وأَصْبَغ عن ابن القاسم.

اللخمي: يستحب كون التجريح سرًا؛ لأن في إعلانه أذى للشاهد، ومن حق

الشاهد والمشهود له أن يعلما بالمجرح، فقد يكون بينه وبين أحدهما عداوة، أو بينه وبين المشهود عليه قرابة، أو غير ذلك مما يمنع التجريح، ويختلف إن كان الشاهد والمشهود له ممن يتقى شره، فقال سَحنون: يعلم بالمجرح، ثم قال: دعني حتى أنظر.

وقيل لابن القاسم: أيجرح الشاهد سرًّا؟ وقد يقول المجرح: نكره عداوة الناس. قال: نعم، إن كانوا عدولاً.

اللخمي: قول سَحنون أحسن؛ لفساد قضاة اليوم، ولو اجتهد ثقات المبرز في العدالة في وجوه الكشف هل بين المجرح والمشهود له عداوة، أو بين المشهود عليه أو المجرح قرابة، والمجرح مبرز في العدل، والآخر ممن يخاف إذا أعلم؟ رأيت أن لا يعلم، وهذا من تغليب أحد الضررين، وإذا علم المجرح أنه يعلم به مثل هذا الذي يخاف لم يجرحه، وقد رأيت من تقبل شهادته، وليس من أهل الشهادة، ولا يجرحون خوفًا منهم.

قال ابن رُشْد في السماع المذكور: واختلف إن أراد الشاهد على الجرحة أن يشهدا سرًا لما يجر ذلك من العداوة بينهما وبين المجرح.

فقال ابن حبيب: لا تقبل إلا علانية؛ إذ لابد من الإعذار في شهادتهما للمشهود له الأولز

ولابن عبدوس عن ابن القاسم: تقبل شهادتهما في السر؛ لعلة العداوة، وهو قول سَحنون قال: التزكية علانية، والتجريح سرًا، ولا آمرهم أن يسبوا الناس.

ولابن حبيب عن الأخوين: ويؤجل المشهود عليه في دعوى جرح الشاهد عليه.

ابن فتوح: كسائر الدعاوي بحسب اجتهاد القاضي، وتقدم لابن رُشْد وغيره كيفيَّة إعطائه الآجال بعد أن يقيم المطلوب حميلاً بالخصومة، قاله ابن فتوح وغيره.

[باب في التعديل]

في نوازل سَحنون: تعديل الرجل أن يقول للقاضي: هو عندنا من أهل العدل والرضا جائز الشهادة[1]، ولو قال: هو عدل فقط؛ فهو تعديل، ولا ينبغي للقاضي أن يقول لهم: ترضون بشهادته لكم وعليكم.

ابن رُشْد: إنما جازت شهادته؛ لقوله: هو عندي من أهل العدل، ولم يلزمه أن يقول: هو من أهل العدل؛ لأن القطع بذلك لا يصح، وهو نحو قول أَصْبَغ لا يقبل هو عدل، وليقل: أراه عدلاً، ولو قال: هو عدل دون عندي، ولا قال: أراه عدلاً، كما قال أَصْبَغ، جازت شهادته، ولم تكن غموسًا، وإن كان ظاهرها القطع بما لا يصح القطع به؛ لأن معنى ذلك عند الشاهد ما غلب على ظنه من عدالته، ولايدخل فيه الخلاف ممن شهد لمستحق ملك أنه ما باع ولا وهب، واختار أن يجمع بين قوله: هو عندي من أهل العدل والرضا، لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282] مع قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، فإن اقتصر على أحدهما؛ اكتفى به؛ لأنه تعالى ذكر كل لفظ على حدة.

قُلتُ: وهو نقل ابن فتوح عن المذهب، ونقل ابن هشام عن عبد الملك بن الحسن.

ابن رُشْد: وقوله: ليس على القاضي أن يسأل المعدلين هل يرضون بشهادته لهم،

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ: عن نوازل سَحنون: تعديل الرجل أن يقول القاضي هو عندنا من أهل العدل والرضى جائز الشهادة.

(قُلتُ): فهذا صح التعريف به للتعديل، وهو أحسن مما عرفت به قبل، وهذا هو الوجه الكامل.

قال سَحنون: لو قال: هو عدل فقط لصح، وكان تعديلًا.

(فإن قلت): هل يحمل ذلك على القطع؟

(قُلتُ): لا.

قال ابن رُشْد: القطع بذلك لا يصح، ولو قال: أراه عدلا صح، ولهم عبارات.

قال المازري: التعديل أن يقول عدل رضي، وانظر ما هنا من الخلاف مع ما يقع في زمننا من التساهل في التزكية فلا حول ولا قوة إلا بالله.

وعليهم صحيح؟ بل الأظهر أن ذلك لا ينبغي له لجواز أن يكون بينهما عداوة.

اللخمي: إن قال: هو عدل رضا؛ صحت العدالة، واختلف إن اقتصر على إحدى الكلمتين هل هو تعديل أم لا؟ فإن قال: إحدى الكلمتين، ولم يسأل عن الأخرى؛ فهو تعديل لورود القرآن بقبول شهادة من وصف بإحداهما، وإن سأل عن الأخرى فوقف؛ فهو ريبة في عدالته، يسأل عن سبب وقفه، فقد يذكر ما لا يقدح في العدالة، أو يذكر ما يريب؛ فيوقف عنه.

وفي الموازيَّة قوله: اختبرته وعاملته، فما علمت إلا خيرًا، أو أنه صالح فاضل ثقة ليس تعديلاً حتى يقول: عدل، أو أراه عدلاً.

اللخمي: إن كان المسؤول عالمًا بوجوه التعديل، وعلى أن سؤاله لتمضي شهادته؛ فهو تعديل، وقد أخرج البخاري في ذلك في باب العدالة في قول بريرة: لا أعلم إلا خيرًا غير أن صرف المسؤول عن قوله: عدل رضىً إلى هذا اللفظ اليوم ريبة.

قُلتُ: قول بريرة إنما يدل على نفي الجرحة لا على ثبوت التعديل.

وفي الجلاب: والتزكية أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلانًا عدل رضي، ولا يقتصران على لفظ واحد من العدل والرضا.

المازري: قال مالك: لفظ التعديل أن يقول: هو عدل رضى.

الشَّيخ: روى ابن عبدوس يقول: رضى وأراه عدلاً، وتقدم قول سَحنون، ولابن كنانة: التعديل أن يقول: أعرفه أو أعلمه عدلاً رضى جائز الشهادة، ولا يقبل منه أن يقول: لا أعلمه إلا عدلاً رضى، ونحوه في كتاب ابن سَحنون رواية لابن كنانة.

ولابن حبيب عن الأخوين يقول: هو عندي عدل رضى، وليس عليه أن يقول في علم الله تعالى، ورواه أشهب، وقاله ابن عبد الحكم وأَصْبَغ.

ابن هشام عن ابن شعبان قوله: نعم العبد تعديل لقوله تعالى: ﴿نِعْمَ ٱلْعَبْدُ إِنَّهُۥٓ أَوَّابٌ﴾ [ص: 30] ذلك بقوله: أواب.

قُلتُ: إنما قال: وكذا قوله هو خير لقوله تعالى: ﴿وَكُلٌّ مِّنَ ٱلْأَخْيَارِ﴾ [ص: 48].

قُلتُ: ويرد باحتمال كون (ال) في الأخيار للعهد.

ولابن حبيب: روى ابن وَهْب قوله: لا أعلم إلا خيرًا؛ لغو.

قُلتُ: ومثله لا بأس به، وذكر بعض من لقيت عن بعض قضاة بلدنا: أنه لغى تعديل بعضهم عنده بقوله: لا بأس به، ولابن هشام عن محمد: التزكية جائزة من غير تفسير.

المازري: حكى أبو المعالي عن القاضي: وجوب الكشف عن السبب الذي وقع به التعديل، ولا يجب ذلك في التجريح، والمعروف من مذهبه المساواة بين التعديل والتجريح، ولكن يعتبر حال الشهود بذلك إن كانوا من أهل العلم بحقيقة الجرح والتعديل، لم يستفسروا، وإن لم يكونوا كذلك؛ وجب استفسارهم، وهذا الذي أشار إليه من اعتبار حال المعدلين والمجرحين لا يخالف فيه إن علم جهلهما بذلك، ولكن يتصور الخلاف فيمن جهل قدر معرفته بذلك.

اللخمي: اختلف في قبول التجريح إجمالاً على أربعة أقوال: قيل: يقبل، وقيل: لا، وقال الأخوان: يقبل ممن يعرف وجه التجريح كان المجرح ظاهر العدالة أو لا، أشهب: لا يقبل في مشهور العدالة إلا مفسرًا بخلاف من لم يقبل إلا بمن عدله.

ابن كنانة: إن كان المجرحان مشهورين بالعدالة؛ لم يسألا، وإن كانا غير مبرزين؛ سئلا.

ابن شعبان: إن قال: إن ذكرت ذلك خفت أن أؤخذ به أو هو ساقط الحال.

قبل ابن سَحنون: إن قال: هو رجل سوء غير مقبول الشهادة؛ فهو تجريح.

اللخمي: هذا إن فهم عنهما الذي جرحا به، وأنه جرحة اتفاقًا، وإن لم يفهم؛ وجب استفسارهما للخلاف في كثير من الصور، هل هي جرحة أم لا؟ ولاحتمال اعتقاده ما ليس جرحه، ولحق الشاهد في انتهاك عرضه، والمشهود له في سقوط حقه.

قُلتُ: وحكم بعض شُيُوخ شُيُوخنا في قوله: (رجل سوء) بالتجريح مستدلاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّهُمْ كَانُوا قَوْمَ سَوْءٍ فَأَغْرَقْنَاهُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [الأنبياء: 77] حسن، وقاله بعض المتقدمين.

المازري: أكد الشافعي في وجوب الكشف في الجرح؛ لأن شاهدًا جرح شاهدًا،

فسئل عن جرحته؟ فقال: رأيته يبول قائمًا، فقيل له: وإذا بال قائمًا ماذا يكون؟ قال: يتطاير عليه بوله، فقيل: هل رأيته صلى بعد ذلك؟ قال: لا، فظهر غلطه.

قُلتُ: قبول ابن عبد السلام تقرير بعضهم ما ليس جرحة جرحت بمن جرح رجلاً، فسأل عن جرحته؟ فقال: رأيته يغتاب بحضرته، ولا ينكر نظر، والأظهر أن ذلك جرحة إلا أن يكون ذلك نادرًا منه، ولا يستطيع أن ينكر في محل لا يستطيع القيام منه حسبما قرر في باب الغيبة.

قال النووي: يحرم استماعها، كما يحرم ذكرها.

وفي نوازل سَحنون: إن شهد المجرحون فقالوا: هو عندنا غير عدل ولا رضى، ولم يصفوه بزنى، ولا أنبذة، ولا قيان؛ فهو تجريح إن كانوا من أهل المعرفة بما به التجريح، وذكر قول أشهب المتقدم.

ابن رُشْد: لتفرقة أشهب وجه من النظر، وقول سَحنون أظهر؛ لأنه قد يقولون: زنى، وهم أربعة؛ فيرجم، ويقولون: شرب الخمر؛ فيحد، فستر الحاكم على الشاهد أولى، وفي نوازله: شهادة رجلين بأنهما سمعا رجلين قالا: نشهد أن فلانًا عندنا غير عدل؛ لغو، وكذلك التعديل بذلك، ولا يجوز تجريح، ولا تعديل على السماع.

ابن رُشْد: معناه: على السماع الذي ذكره؛ لأنه شهادة على شهادة، وليست بشهادة سماع وشهادة السماع في ذلك جائزة وهي أن يسمع من غير أهل العدل وغيرهم أن فلانا عدل رضى، أو أنه غير عدل، ولا رضى، فيشهد على السماع بذلك، ولا يسمى من سمع منهم؛ فالشهادة عاملة اتفاقًا، إلا أنه قيل: لا تجوز بأقل من أربعة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قبلت شهادته في أمر، وشهد في أمر آخر إن كان قريبًا من تعديله في الأول بعد الأشهر وشبهها؛ لم يطلب تعديله، وإن طال طلب والسنة طول.

قال أَصْبَغ: إلا أن يكون الرجل مشهورًا بالخير لا يحتاج في مثله لابتداء سؤال.

ابن رُشْد: المجهول الحال إذا عدل مرة في أمر، ثم شهد ثانية؛ ففي طلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله، ويشتهر مطلقًا، والاكتفاء بالتعديل الأول حتى يطول سنة

قولا سَحنون وابن القاسم هذا، فلو طلب تعديله بالقرب على قول سَحنون، أو بالبعد على قول ابن القاسم، فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً؛ وجب قبول شهادته؛ لأن طلب تعديله ثانية؛ إنما هو استحسان، والقياس الاكتفاء بتعديله أولاً ما لم يتهم بأمر حدث، وهو قول الأخوين في الواضحة، وقول أَصْبَغ تفسير لقول ابن القاسم، ورواه ابن سَحنون.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة، والعمل قديمًا وحديثًا على قول سَحنون، ولو شهد في يوم تزكيته، واستشكل بيان تعديله، وهي التزكية في عرفنا إن أثبتت تعديله؛ لزم قبوله فيما شهد به ثانيًا، وإلا لزم قبول غير العدل وهو باطل، ويجاب بأن من شرط تعديله في النازلة الجزئيَّة؛ علم من عدله ضبطه إياها، ولا يلزم من علمه ضبطه نازلة معينة علمه ضبطه في نازلة أخرى، وعزا اللخمي لابن كنانة مثل قول سَحنون.

وللشيخ عن أشهب في المجموعة: إن شهد فعدل، ثم شهد، فإن كان بعد زمن نحو خمس سنين؛ سئل عنه المعدل الأول، فإن مات؛ سئل معدلاً ثانيًا، وإلا لم يقبل.

وكذا نقله الصقلي بإثبات نحو قبل خمس سنين، ونقله ابن عبد السلام بحذفها خلافه.

ابن الحاجب: ولو شهد مزكى، ثم شهد فثالثها: إن لم يغمز فيه بشيء؛ لم يحتج، ورابعها: إن كان المزكي مبرزًا؛ لم يحتج، فقبلها ابن عبد السلام قائلاً: هذه الأقوال منصوص عليها في المذهب.

زاد ابن هارون بعزوه الرابع لابن كنانة، ومقتضى لفظ ابن الحاجب إلى لأولى الاكتفاء بتعديله، ولو غمز فيه بشيء، وهذا لا أعرفه، وكذا الرابع؛ وهو أنه يكتفى بتعديله الأول إن كان معدله مبرزًا لا أعرفه، وعزوه لابن كنانة وهمٌ لنقل الشَّيخ عنه ما نصه: قال ابن كنانة: أما الذي ليس بمعروف، فيعدل، ثم يشهد؛ فليؤتنف فيه تعديل ثان، وأما المعروف بالعدالة في بلده؛ يشهد، فيعدل، ثم يشهد في شيء آخر، فالتعديل الأول يجزئ فيه حتى يجرح فيه بأمر بين.

قُلتُ: فتفصيل ابن كنانة؛ إنما هو في الشاهد المزكى لا فيمن عدله، وتحقيق ذلك

إن كان الشاهد بتعديله أول مرة مشهورًا بالعدالة؛ لم يطلب تعديله ثانية ما دام بحاله حسبما تقدم لأَصْبَغ وابن رُشْد، وإلا ففي الاكتفاء به ما لم تظهر له نقمة، وافتقاره للتعديل ما لم يوجب تكرره شهرة عدالته، ثالثها: ما لم يطل ما بين شهادته سنة، ورابعها: بنحو خمس سنين، وخامسها: بأزيد من ستة أشهر، للأخوين وسَحنون مع الشَّيخ عن ابن كنانة، وسماع عيسى ابن القاسم ولأشهب.

ودليل نقل ابن المناصف عن الأخوين: إن عدل، ثم شهد بعد ستة أشهر؛ لم يطلب تعديله إلا أن يغمز، أو يستريب الحاكم في أمره، وفي اقتصار المازري في النقل عن سَحنون على إعادتها بعد شهرين ونحوهما نظر؛ لاقتصار الشَّيخ على نقله قوله: في نوازله: إن شهد، ثم شهد بعد شهر أو شهرين، أو عام أو عامين؛ طلب تعديله حتى يشتهر تزكيته، ولم يحك ابن رُشْد عنه خلافه بوجه.

وللشيخ عن ابن حبيب عن الأخوين وأشهب وأَصْبَغ: من عدله رجل، وعجز عن آخر، ثم عدله ثان بعد سنة؛ لم يقبل الأول، وطلب فيه الآن اثنان كان أحدهما الأول أو لا، وإن اجتمع في شخص تعديل وتجريح، ففرق اللخمي في القضاء بالجرح أو بأعدلها قولان.

وأرى إن اختلفا عن مجلس واحد قضى بالأعدل، وعن مجلسين إن تقاربا؛ فالجرح وإلا فالأخيرة.

ابن رُشْد في سماع القرينين في تقديم الأعدل أو التجريح ثالثها: التعديل لسماع القرينين، وسَحنون، وابن نافع، ومُطَرِّف مع ابن وَهْب في المبسوطة قائلاً: هذا إن قال المعدلون: عدل، والمجرحون مسخوط، ولو عينوا جرحته؛ قدمت اتفاقًا، والأظهر التجريح.

المازري: قال ابن الطيب: إن لم يكن عدد المعدلين أكثر من المجرحين؛ فالتجريح مقدم إجماعًا، وقصر الخلاف على كون عدد المعدلين أكثر؛ لرجحان التعديل بكثرة العدد، ورجحان التجريح باق متعلقه إثبات، وهو ما به الجرحة. هـ.

ومتعلق التعديل نفي، وما قاله غير مسلم لنقل ابن شعبان القولين، ومقتضى

التحقيق تقديم الجرح، ولو كثر عدد المعدلين لما تقدم من كون متعلق التجريح إثباتًا بخلاف التعديل، ولو كان اختلافهما باعتبار متعلق واحد، كقول المجرحين: رأيناه عاكفًا على شرب الخمر ليلة كذا، وقال المعدلون: رأيناه تلك الليلة عاكفًا على الصلاة، فيقدم الأرجح عدالة، أو بكثرة العدد على قول بعض أصحاب مالك: ولو شهد شاهد بأنه زنى، وآخر بأنه سرق؛ ففي ثبوت جرحته بهما قولا سَحنون قائلاً: لو أشهد أحدهما بأنه خائن، وآخر بأنه أكل مال اليتيم؛ جرح بذلك؛ لتباين متعلقي شهادتي الأولين، وعدمه في شهادتي الأخيرين.

[باب مانع الشهادة]

[المانع]: ما قام دليل على إيجابه، رفع ما ثبت مقتضى ثبوته[1]، وذكروا منه في قبول شهادة عددًا الأول التغفل.

الشَّيخ عن محمد بن عبد الحَكم: لا تقبل إلا شهادة العدل المأمون على ما يقول، وقد يكون عدلاً، ولا يؤمن التغفل أو يضرب على خطه، ويشهد على الرجل، ولا يعرفه، يتسمى له بغير اسمه، فمن كانت هذه حاله؛ لا تقبل شهادته.

قُلتُ: قوله: أو يضرب على خطه؛ يريد: ثم يؤدي شهادته على أنه خطه؛ لتغفله وهو ليس خطه.

---

(1) قال الرَّصاع: المراد هنا مانع الشهادة فيمن توفرت فيه شروطها ويصح حده للمانع من الحكم مطلقًا.

قوله: ما قام الشيء الذي قام دليل على إيجابه رفع الشيء الذي ثبت مقتضى ثبوت ذلك الشيء كما يقال الدين ثبت أنه مانع لشيء اقتضى النصاب ثبوته، وهو وجوب الزكاة ويجري ذلك في موانع الشهادة، وفي غيرها، وذلك يرجع إلى أمر شرعي قادح في أعمال شهادة الشاهد، ويقع التجريح به.

(فإن قلت): لأي شيء لم يعرف الشَّيخ التجريح والتعديل.

(قُلتُ): لعله حذفه لظهوره، وفيه نظر، ولو قيل في التعديل: إثبات ما يوجب العمل بقول الشاهد، والتجريح إثبات ما يبطل العمل بشهادته لصح ذلك، وبعد أن قيدت ذلك وجدت ما يؤخذ منه حد التجريح، والتعديل والله أعلم.

وفي طرر ابن عات: قال إياس بن معاوية: ما بالبصرة أفضل من عطاء السلمى، وما أقبل شهادته على درهم واحد.

قُلتُ: ولذا أخبرني بعض من لقيت عن بعض شُيُوخنا: أن الشَّيخ الفقيه ابن الخباز: كان ولي القضاء ببلده بالمهديَّة في أوائل أمره، فكان يخرج لزيارة بعض صلحاء ساحل المهدية، ويتبرك به، وإذا شهد عنده شهادة لا يحكم بها؛ لتغفله عنده، وهذا شأن أهل الحق، ونحوه قول ابن شعبان في زاهيه: والعابد الذي لا يميز بين الألفاظ، وشغلته عبادته من معاني أفعال الناس، ينبغي أن يتوقف عن الحكم بشهادته حتى تختبر كيفيتها.

قُلتُ: ولهذا يجب لغو ارتهان من هو من هذا النمط فيمن يطلب تقديمه للشهادة، وينبغي إعلامه ذلك، وإنه لا يحل له طلب ذلك؛ لأن فيه تعريضًا بنفسه، وابن الخباز هذا قال: الشَّيخ الفقيه المحدث الرحال أبو العباس؛ عرف بالعشاب هو أبو عبد الله محمد بن علي بن إبراهيم العواتي، تفقه بالمهديَّة على أبي زكرياء البرقي، رحل إلى المشرق سنة أربع وعشرين وستمائة، أخذ بمصر عن عز الدين ابن عبد السلام وغيره، وقرأ الحاصل على مؤلفه تاج الدين الأرموي، ورجع إلى المهديَّة بعلم كثير فدرس وأفتى، ثم نقله الخليفة للحضرة، وقلده قضاء الجماعة بتونس سنة ستين وستمائة، كان موصوفًا بدين وعقل، توفي في جمادى الأخرى سنة ثلاث وثمانين وستمائة، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة.

قُلتُ: وأخبرني بعض من لقيت عن من أخبره من بعض أهل داره أنه سمعه ليلة، وهو يقول مشيرًا إلى نفسه: أي علم هاهنا لم أجد من ألقه إليه، وقول ابن الحاجب إثر قول ابن عبد الحكم، وقيل: إلا فيما لا يكاد يلبس فيه، وقبوله ابن عبد السلام، وابن هارون لا أعرفه إلا تقييدًا.

قال المازري: إطلاق المتقدمين رد الشهادة بالبله والغفلة، قيده بعض المتأخرين بما كثر من الكلام والجمل المتعلق بعضها ببعض لا في نحو قوله: رأيت هذا الشخص أو سمعته قال: هي طالق، وقال الأصوليون: رواية من قل تغفله مقبولة إلا فيما لاح

فيه تغفله، ومن كثر تغفله في كونه كذلك، وردها مطلقًا ثالثها: لابن أمان مع القاضي يصرف ذلك للاجتهاد، وله أيضًا من تقارب حال غفلته ويقظته، أو تساوت قبل فيما لم تلح فيه غفلته، ولم يذكر فيه خلافًا، وفي هذا الحظر لمتقدم تقييد بعض الأشياخ، الثاني: جر شهادة الشاهد له نفعًا؛ لأنه بها متهمًا في الموطأ عن عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين.

الباجي: لابن مزين عن يحيى بن سعيد: هو المتهم الذي يظن به غير الصلاح، ونحوه لابن كنانة، فشهادة المتهم مردودة، وإن كان مبرزًا في العدالة.

عبد الحق: ذكر أبو أحمد من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا تجوز شهادة متهم ولا ظنين»**[1]، وعبد الله بن محمد بن عقيل: ضعفه الناس إلا أحمد بن حنبل، والحميدي، وإسحاق بن راهويه، فإنهم كانوا يحتجون بحديثه، وتعقبه ابن القطان بأن قال: ترك من إسناده قيس بن الربيع، وهو عنده ضعيف، ومحمد بن الحسن: وهو لا تعرف حاله.

الصقلي: قال ابن القاسم: لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا؛ ردت شهادتهم، ولا يرجم؛ لأنهم يتهمون على إرثه ويحدون.

وقال أشهب: إن كان الأب عديمًا؛ جازت شهادتهم إن كانوا عدولاً، ورجم الأب، وكذا إن شهدوا أنه قتل فلانًا عمدًا.

وقال ابن اللباد: لا تجوز شهادتهم، وإن كان معدمًا؛ لتهمتهم على سقوط نفقته عنهم برجمه.

قلت في سماع سحنون: قال أشهب: يرجم الأب بشهادتهم إلا أن كان موسرًا؛ فترد شهادتهم؛ لتهمتهم في الميراث.

قال: وكذا لو شهدوا عليه أنه قتل فلانًا عمدًا، والمعسر أيضًا ترد شهادتهم عليه؛ لأنهم يريدون الراحة منه لأجل النفقة عليه.

---

(1) أخرجه ابن عدي في الكامل: 4/129.

ابن رُشْد: في تسوية أشهب بين شهادتهم بزناه، وشهادتهم بقتله نظر؛ لأن شهادتهم بقتله واجبة إن دعوا إليها، ومستحبة إن لم يدعوا، فواجب قبول شهادتهم بذلك، ما لم يتهموا على إرثه، أو الراحة من النفقة عليه، وشهادتهم بزناه مكروهة؛ لأنهم مأمورون بالستر على أنفسهم، وعلى الناس؛ فالصواب رد شهادتهم بزناه؛ لأنها عقوق إلا أن يعذروا بجهل، أو لأنهم دعوا إلى الشهادة عليه، مثل أن يقوم بحد على من قذفه بالزنا، فسأل القاذف بنيه أن يشهدوا له بزناه؛ ليسقط عنه حد قذفه، وعليه فينبغي حمل قول أشهب.

وقال ابن لبابة: شهادتهم بما يوجب قتله جائزة، ولو كان معدمًا، ولا يتهم العدول بالميراث، ولا بطرح النفقة، وهو قول له وجه في المبرز في العدالة الفائق في الفضل حيث تتعين عليه الشهادة، ويأتي على قياس قول ابن القاسم في الإمام: يشهد عنده في المرأة المحصنة أربعة بالزنى؛ أحدهم: زوجها؛ فلا يعلم بذلك حتى رجمها أنه يرثها ويحد، إلا أن يلاعن خلاف قول أَصْبَغ: لا يرثها.

قُلتُ: كذا وقع في غير نسخة من البيان قول أشهب: أولاً في شهادته بزناه ترد إن كان موسرًا، وإجازتها إن كان معدمًا، وقوله ثانيًا في شهادتهم بقتله عمدًا: أنها ترد، وإن كان معدمًا للراحة منه لأجل النفقة عليه، وهو كلام ظاهر تناقضه، والعجب من ابن رُشْد في عدم تعرضه إليه، ويمكن رفعه بحمل المعدم في قوله: أولاً على العدم الذي لا ينتهي لإيجابه نفقته عليهم، أو على أنهم لا فضل مال لهم؛ يجب عليهم فيه نفقته، ويحمل العدم في قوله ثانيًا على أنه الموجب نفقته عليهم، وأنهم أملياء بها، وظاهر ما نقله الصقلي عن ابن اللباد: أنه لا يحفظه لمتقدم قبله، وهو نص أشهب المتقدم في الشهادة بقتله.

ونقل الشَّيخ في نوادره كنقل الصقلي لا تناقض فيه.

ابن رُشْد: وإذا سقطت شهادتهم بأي وجه؛ وجب حدهم، وقاله سَحنون: إذا سقطت بالظنة، ولا فرق بين سقوطها أو بالجرحة.

قُلتُ: بل هي بالجرحة أحرى.

قُلتُ: ففي سقوط شهادة البنين بما يوجب؛ قتل أبيهم مطلقًا، وصحتها. ثالثها: صحتها في قتله عمدًا إن لم يتهموا، وزناه إن عذروا بجهل، أو كانت لإسقاط حد من قذفه، ورابعها: إن كان مليًا لابن القاسم مع ابن اللباد وابن لبابة، واختيار ابن رُشْد وأشهب.

وفي ثاني عتقها: إن شهد وارثان أن الميت أعتق هذا العبد، فإن كان معهما نساء، والعبد يرغب في ولائه؛ لم تجز شهادتهما، فإن كان لا يرغب في ولائه، أو لم يكن معهم نساء؛ جازت شهادتهما.

قال ابن الحاجب في الموانع: وكمن شهد أنه جرح موروثه، فقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وقيداه بأن الجرح مخوفًا.

قُلتُ: لا أعرف هذا الفرع بعينه من فروع المذهب، وإنما تبع فيه ابن الحاجب ابن شاس على عادته في إضافته أعيان فروع الشافعيَّة لنصوص المذهب في وجيز الغزالي ما نصه: لتهمة أسباب منها كمن يشهد أن فلانًا جرح موروثه؛ فظاهره: كيف كان الجرح، ولا يصح إضافته للمذهب إلا حيث تجر للشاهد نفعًا؛ حيث يوجب قصاصًا أو مالاً حسبما ذكر في شهادة الأخ لأخيه.

وفيها: لا تجوز شهادة الوصي بدين للميت، إلا أن يكون الورثة كبارًا عدولاً.

الجلاب: لا تجوز شهادة الوصي لمن تلي عليه، وعن مالك في شهادة الوصي: على من يلي عليه روايتان.

وفي أوائل الثلث الآخر من أجوبة ابن رُشْد: شهادة المشرف لمن يشرف عليه جائزة؛ إذ لا تهمة في ذلك.

وفي أول شهادتها لمالك: لا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل للرجل.

للصقلي عن ابن حبيب: إن كان المشهود له في عيال الشاهد؛ جازت شهادته له؛ إذ لا تهمة.

قال بعض المتأخرين: إن كان المشهود له في عيال الشاهد؛ جازت شهادته له من قرابة الشاهد كالأخ ونحوه؛ انبغى أن لا تجوز شهادته له بمال؛ لأنه وإن كانت نفقته لا

تلزمه، فإنه يلحقه بعدم نفقته عليه وصلته معرة، ولو كان المشهود له أجنبيًا؛ جازت شهادته له.

الصقلي: هذا استحسان، ولا فرق بين القريب والأجنبي في رواية ابن حبيب، ونقل ابن الحاجب عدم صحتها من المنفق على المنفق عليه مطلقًا لا أعرفه.

وفي شهادة الشاهد بوصيَّة له فيها نصيب؛ اضطراب.

ابن رُشْد في أجوبته: تحصيلها إن كانت في الوصيَّة مكتوبة، وما للشاهد فيها يسير، ففي صحتها له ولغيره ثالثها: لغيره فقط، ورابعها: إن كان معه شاهد آخر، وإلا فالثالث لابن القاسم فيها مع رواية مُطَرِّف، ورواية ابن وَهْب فيها، وابن الماجِشُون في الواضحة، ويحيى بن سعيد فيها، فعلى الأول إن كان وحده؛ حلف للموصى لهم مع شهادته أن ما شهد به من الوصيَّة حق، فتثبت الوصيَّة، وأخذ ماله فيها، وإن كان معه غيره ممن أوصى له فيها بيسير، ثبتت الوصيَّة بشهادتهما، وأخذ كل منهما ما له دون يمين، وإن كان الشاهد معه فيها؛ لم يوص له فيها بشيء فأحرى، وعلى الثالث إن كان وحده؛ حلف الموصى لهم مع شهادته، وتثبت وصاياهم، ولا شيء له إن كان معه غيره، فمن أوصي له فيها بيسير؛ ثبتت الوصيَّة بشهادتهما لمن سواهما دون يمين، وحلف كل منهما مع شهادة صاحبه، وأخذ وصيته، وإن كان معه شاهد لم يوص له فيها بشيء؛ ثبتت الوصيَّة لمن سواه، وحلف مع شهادة صاحبه، وأخذ حقه، وعلى الرابع إن شهد معه غيره؛ ثبتت الوصيَّة بشهادتهما، وأخذ حقه بغير يمين، وإن لم يكن معه غيره؛ حلف غيره مع شهادته، وأخذ وصيته ولا شيء له، وإن كان ما للشاهد فيها كثيرًا؛ ففي سقوط شهادته له ولغيره وصحتها لغيره المشهور، والمخرج على قول أَصْبَغ في عبدين شهدا بعد عتقهما أن من أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار شهادتهما بغصب المائة صحيحة لا بغصبهما؛ لتهمتهما على إرقاق أنفسهما، فأمضى بعض الشهادة المردود باقيها للتهمة.

قُلتُ: كذا قاله في البيان في غير موضع منه، ويرد التخريج بمنع كون الإبطال لمجرد التهمة؛ بل هو للسنة؛ لأنه لأمر شرعي جار على قاعدة عقليَّة، وهي أن قبول

شهادتهما في غصبهما يؤدي ثبوته؛ لنفيه ضرورة بطلان شهادتهما برقهما المسبب عنها.

قال: وإن كانت شهادته لا في وصيَّة مكتوبة؛ بل على إشهاده الموصي لفظًا كقول الموصي لفلان كذا ولفلان كذا، والشاهد أحدهم، وما أوصى له به بيسير؛ لم يجز لنفسه اتفاقًا، وجازت لغيره، إن كان وحده؛ حلف الموصى له مع شهادته، وإن كان معه غيره ممن شهد لنفسه بيسير؛ حلف كل منهما مع شهادة الآخر، وأخذ حقه، وأخذ من سواهما بشهادتهما حقه بغير يمين، وإن كان معه من لم يشهد لنفسه؛ حلف معه، وأخذ حقه، وأخذ غيره حقه بشهادتهما دون يمين، وقد يقال: لا تجوز شهادته لغيره بتأويل ضعيف، وإن كان ما شهد به لنفسه كثيرًا؛ لم تجز له اتفاقًا، ولم تجز لغيره على قول الأخوين، ويجوز على ما في سماع أشهب من كتاب الشهادات، فعلى الأول إن لم يكن معه غيره؛ حلف الموصى له واستحق، وإن كان معه غيره ممن شهد لنفسه بكثير؛ حلف كل منهما مع شهادة صاحبه، وأخذ وصيته، وإن لم تكن شهادة كل منهما لصاحبه في مجلس واحد على مذهبهما في أن شهادة الشهود بعضهم لبعض في مجلس واحد على شخص واحد؛ لا تجوز، وأخذ من سواهما وصيته بشهادتهما دون يمين.

اللخمي: قيل: يبطل جميعها، وقيل: ما يخصه فقط، وقيل: إن قل؛ مضت لغيره، وإن كان له قدر؛ سقطت لهما.

ولمالك في المبسوط: تجوز لغيره، فيحلف معه، ويستحق، وإن شهد معه غيره؛ جازت لأهل الوصايا، وحلف هو مع الشاهد الآخر، ولم يفرق بين يسير وكثير، وذكر ابن الجلاب في ذلك روايتين.

وللأخوين في الواضحة: إن لم يشهد بالوصيَّة إلا رجلان أوصي لهما فيها بشيء، وفيها عتق وديون، فإن أشهدهما لفظًا نسقًا، أو مفرقًا، فشهدا بذلك، أو وضعاها في كتاب، ولم يعلم الميت؛ سقطت لهما، وصحت لغيرهما، وإن أشهدهما في كتاب؛ لم تجز إن كان ما أوصى لهما به.

قال المازري: إن كان ما يخص الشاهد أو للشاهدين له بال؛ فالمعروف بطلان شهادتهما ولو لغيرهما، ووقع في المذهب ما يدل على اختلاف فيه، كذا أشار بعض

الأشياخ أن المذهب على قولين، ومقتضى ظاهره: صحتها لغيره فقط، ثم ذكر ما تقدم للخمي عن الأخوين وقال: وبعض أشياخي يرى أن لا وجه لهذا التفصيل بين كون الوصيَّة نطقًا أو مثبتًا في كتاب.

قُلتُ: هو قول اللخمي في تبصرته، قال: والفرق عندي أن الشهادة على لفظ الميت؛ إنما هي على جمل أوردها الميت، لا ارتباط لبعضها ببعض كل جملة مستقلة بنفسها، أو الخبر بانفرادها؛ صدق بها أشهد لها به لا ارتباط له بها أشهدهما به لغيرهما، وإن أشهدهما على كتاب كتبه بلفظ واحد؛ لم يتبعض، فردت الشهادة في الجميع، وإن كان ما يخص الشاهد يسيرًا، ففي صحتها ولو فيما يخصه وسقوطها مطلقًا ثالثها: لغيره دونه ثلاث روايات أولاها لها.

وفيها: ليحيى بن سعيد: من شهد لرجل بوصيَّة أوصي له فيها بشيء؛ جازت لغيره دونه إن شهد وحده، وإن شهد معه غيره؛ جازت لهما.

المازري: أطلقه في كون الشاهد قليلاً أو كثيرًا، فتأول سَحنون قوله على أن الشاهد يأخذ ما يختص به إذا شهد معه غيره دون يمين، وهذا خلاف الأصول من أن المدعي يأخذ بدعواه؛ لكنه مطابق لقولها بإمضاء شهادته لنفسه ولغيره، وقول يحيى على تأويل سَحنون متناف؛ لأنه إذا أخذ حقه مع شهادة غيره دون يمين؛ وجب أخذه وصيته بشهادته وحده، إلا أن يقال شهادة غيره معه نفت تهمته، وانسحب استثقال الشهادة لغيره على وصيته، فإن انفرد؛ لم يصح أن يقضى له بشهادته له مع يمينه هذا أقرب ما يعتذر به.

قُلتُ: وعبر اللخمي عن تعقبه تأويل سَحنون بقوله: هذا قول مخالف للأصول، وليس يأخذ أحد لنفسه بشهادته.

قال المازري: على أن تأويل سَحنون لم يسلمه بعض الأشياخ، فذكر قول ابن محرز إثر ذكره تأويل سَحنون قول يحيى بن سعيد، والذي يجري على ألسنة المذاكرين أن معنى قوله: إن كان وحده؛ جازت شهادته لغيره، أي: مع يمين القائم بشهادته، ولا يأخذ هو شيئًا؛ إذ لا يصح أن يأخذ شيئًا بدعوى نفسه، وإن كان معه غيره؛ جازت

لغيره بلا يمين؛ لأنه حصل على حقه شاهدان، وجازت له بيمينه؛ لسقوط شهادته لنفسه، فيحلف مع الشاهد الآخر.

اللخمي: اختلف إن شهدا بدين لهما فيه يسير، فقال في كتاب محمد: تمضي.

وفيها لمالك: من شهد في ذكر حق له فيه شيء؛ لم تجز له ولا لغيره.

وفي المجموعة: لأن أحدهما لا يأخذ منه شيئًا حتى يدخل عليه صاحبه، ولو اقتسماه قبل الشهادة؛ جازت شهادته، فعلى هذا تجوز شهادته في الوصيَّة لغيره، ولو كثر حظه منها إذا كانت الوصيَّة بشيئين مثل أن يوصي له بعبد ولآخر بثوب؛ لأنه لا يدخل أحدهما على الآخر، وهي كشهادتين؛ فلا ترد شهادته للأجنبي، وإن قال: إنما أقصد بالشهادة للأجنبي لا لنفسي؛ لأنها لا تجوز، وذكرت ما أوصى لي به لأؤدي المجلس حسبما كان أبين أن لا ترد للأجنبي، وإن كان جميع الوصيَّة لعبد أو دار رد جميعها؛ لأنه لا يخلص للأجنبي شيء إلا دخل عليه الشاهد فيه.

قُلتُ: في دخول من سقطت شهادته على من صحت له في العبد أو الدار في حظه منه نظر؛ إذ لا موجب لشركتهما؛ إذ لو باع أحدهما حظه منه؛ لم يدخل عليه الآخر بحال بخلاف الدين لشركتهما فيه ضرورة دخول أحدهما على صاحبه فيما أخذه من الغريم عوضًا عن حظه من دينه عليه، كما لو ثبت رجوع الموصي عن وصيته لأحدهما دون الآخر؛ لم يرجع من سقطت وصيته على من بقيت له.

المازري: فعلى كون الدين كالوصيَّة لا سواه، وعلى المعروف في الفرق بينهما طريقان:

الأولى: أن الموصى به بالموت ضعف ملك مالكه؛ لأنه للميت بالموت سقط ملكه إياه، ونقله لوارثه يضعفه معارضة الوصيَّة إياه، فقيل فيه: شهادة من ضعفت تهمته، وبراءة الذمة لا موجب لضعفها، فلفوتها سقطت معارضتها بشهادة من ضعفت تهمته.

الثانية: أن الوصيَّة يخشى فوتها، فاكتفي فيها بشهادة من ضعفت تهمته كشهادة الصبيان، وهو موجب رعي القول بقبول الكافر فيها.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن شهد رجلان كل منهما لصاحبه بعشرة دنانير، على رجل عن مجلس واحد؛ جازت شهادتهما إن كانا عدلين.

ابن رُشْد: في صحة شهادة الشهود لمن شهدوا له في مجلس واحد وسقوطها.

ثالثها: إن كانت على رجلين، وإن كانت عن مجلسين؛ جازت على رجلين.

وفي جوازها على رجل واحد؛ فعلى قولين، ومضى الخلاف في هذه المسألة في نوازل سَحنون.

اللخمي عن الأخوين: إن كانت على رجل واحد في مجلس واحد؛ لم يجز، وإن كانت شيئًا بعد شيء؛ جازت، ولو تقاربا ما بين الشهادتين، وإن كانت على رجلين؛ جازت، ولو كانت عن مجلس واحد، وأرى رد جميعها، ولو كانت على رجلين في مجلسين لفظًا، أو بكتاب لتهمتهما إلا أن يطول ما بينهما.

المازري: إن شهد رجلان بدين على رجل لرجلين شهدا لهما بدين عليه عن مجلسين؛ جازت ولو تقاربا، وإن كانت عن مجلس واحد؛ ففي سقوطهما نص قول الأخوين، وظاهر قول أَصْبَغ، ثم ذكر اختيار اللخمي، ولم يتعقبه.

[باب فيما تثبت به الحرابة]

وفيها: وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً؛ إذ لا سبيل إلى غير ذلك شهدوا بقتل أو أخذ مال أو غيره، ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه، وتقبل شهادة بعضهم لبعض[1].

وسمع يحيى ابن القاسم :إن شهد مسلوبان على أن هؤلاء سلبونا هذه الثياب والدواب، وهي قائمة بأيديهم أقيم عليهم الحد بشهادتهما؛ ولم يستحقوا المتاع، ولا

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ منه أنها تثبت بشهادة رجلين، ولو ممن حاربوه لأنفسهم، ولذا قال ابن الحاجب: وتثبت بشهادة رجلين، ولو من الرفقة لأنفسهم.

(فإن قلت): اشترط فيها إذا كانوا عدولا، ولم يذكر ذلك.

(قُلتُ): يظهر أنه لا بد منه لكن قوله شهادة، والأصل فيه العدالة، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

الدواب إلا بشهيدين سواهما.

ابن رُشْد: قيل: هذه مخالفة لما فيها؛ إذ لم يقل: إنه يحلف كل منهما مع شهادة صاحبه، ويستحق حقه على قياس قوله في السرقة منها: أنه يقام على المحاربين الحد، ويعطون المال بشهادة بعضهم لبعض، وقيل: ليست مخالفة لها.

ومعنى السماع: أنهما شريكان في المتاع والدواب؛ فلذا سقطت شهادة أحدهما للآخر، وقيل: يستحقان الدواب والمتاع، وإن كانا شريكين فيهما، وهو الآتي على رواية مُطَرِّف في أن شهادة شهيدين من المسلوبين على من سلبوهم جائزة في الحد، والمال لأنفسهما ولأصحابهما؛ لأنها إذا جازت في الحد؛ جازت في المال لأنفسهما ولغيرهما؛ إذ لا تجوز بعض الشهادة، ويرد بعضها، وقيل: لا تجوز في حد، ولا مال لغيرهما إذا لم تجز لأنفسهما؛ لأن من اتهم في بعض شهادة؛ ردت كلها، وهو قول أَصْبَغ.

قُلتُ: كذا هو في غير نسخة عزو ردها لأَصْبَغ خلاف ما نقل عنه في أول سماع القرينين: أنه يجوز منها ما لا تهمه فيه.

قال: وهو قوله في نوازله: قال: ففي صحتها في الحد والمال، ولو لأنفسهما، وردها فيهما، ولو بالمال لغيرهما، ثالثها: في الحد والمال لغيرهما لا لأنفسهما لرواية مُطَرِّف، وقول أَصْبَغ وابن القاسم مع روايته فيها، وعليه إن كانوا أربعة؛ قضي لاثنين منهما بشهادة الباقيين، وللباقيين بشهادة الآخرين، وإن كانا اثنين؛ قضي لكل منهما بشهادة صاحبه مع يمينه، ورابعها: لا يجوز في ذلك أقل من أربعة تجوز في الحد، وفي أموال الرفقة لا في أموال الشهداء، هذا كله إن كان ما شهدوا به لأنفسهم كثيرًا، وإن كان يسيرًا لا يتهمون عليه؛ جازت لهم ولغيرهم لا يدخل فيه الاختلاف الذي في الوصيَّة لموضع الضرورة، ولو شهدوا عليهم بالسلب دون المال؛ جازت عليهم في الحد، وفي بعضهم لبعض بعد ذلك فيما وجد بأيديهم من المال اتفاقًا فيهما، وتقدم ما لسَحنون في نوازله في أكرية السفن.

قُلتُ: لم يعز الرابع، وعزاه ابن حارث لابن الماجِشُون، والمغيرة، وابن دينار.

المازري: معروف المذهب: أن الشهادة إذا رد بعضها للسنة؛ صحت في غيره

كمن شهد بوصيَّة بعتق ومال لرجل تبطل في العتق، وتصح للرجل مع يمينه.

ابن الحاجب: وما الرفع؛ فكشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ.

ابن عبد السلام: أطلقوا القول برد هذه الشهادة مع أن الفقير لا يلزمه أداء شيء، والمقدار الذي يلزم الغني أداؤه يسير جدًّا على ما يذكر في موضعه، فتأمل هذا، وقابله بقول ابن الموَّاز قبل هذا.

قُلتُ: ظاهر قوله: قالوا: إن هذا الفرع مقول لغير واحد من أهل المذهب، ولا أعرفه إلا للمازري، ووجيز الغزالي، وإياه تبع ابن شاس، والله أعلم، وما أشار إليه من مناقضته قول محمد بقبول شهادة الشاهد لنفسه بيسير الدين كالوصية؛ يرد بأن في الدين ضرورة ليست في التجريح؛ لأن متعلق الشهادة في التجريح، وهي الجرحة باق؛ فهو متيسر تحصيله ببينة أخرى، ومتعلق الشهادة بالدين؛ وهي عمارة الذمة متعسر بفوته بفوت وقته.

وسمع ابن القاسم: شهادة الرجل لرجل، وللشاهد على المشهود له حق؛ جائزة.

ابن القاسم: بلغني عنه إن كان المشهود له موسرًا؛ قبلت، وإلا لم تقبل؛ لأنه إنما شهد لنفسه.

قال سَحنون: قال ابن القاسم: وكذا لو كان للمشهود له على الشاهد حق، إن كان مليًّا؛ جازت شهادته، وإن كان معدمًا؛ لم تجز.

ابن رُشْد: ما بلغ ابن القاسم من تفرقة مالك بين كون المشهود له مليًا أو معدمًا، مفسر لما سمعه منه مجملاً، وهذا إن كان الدين حالاً أو قريب الحلول، وإن بعد؛ جازت شهادته، كما لو كان مليًا وشهادته له فيما عدا الأموال جائزة، قاله بعض أهل النظر، وهو صحيح، وأما إن كان الدين للمشهود له على الشاهد؛ ففي سماع زونان لأشهب جوازه كان مليًا أو معدمًا خلاف قول ابن القاسم في هذا السماع؛ يريد: والدين حال أو قريب الحلول؛ لأنه يتهم على أن يوسع له في الدين ويؤخره به، كانت شهادته له بمال أو غير مال، ولم ير أشهب هذه تهمة في العدل، وإن كان الدين للشاهد على المشهود له أو بالعكس؛ لم يقدح في الشهادة.

الباجي: إن كان للمشهود له على الشاهد دين، فإن كان غنيًا؛ قبلت، وإن كان فقيرًا؛ ردت، قاله ابن القاسم وأشهب والأخوان قالا: لأنه كأسير بيده، وهذا إن كان الدين حالاً، أو قريب الحلول، وإن بعد أجله؛ جازت على قول سَحنون، وردت على قول ابن وَهْب، ومعنى الغنى عندي في هذه المسألة: أن لا يستضر بإزالة هذا المال عنه، ولو كان عنده كفافه؛ فالضرر يلحقه بتعجيله منه، فترد به شهادته، قال: وشهادة عامل القراض لربه.

قال سَحنون في العتبيَّة وغيرها: جائزة إن كان شغل المال في سلع، وإن كان غنيًا؛ ردت.

سمع عبد الملك بن الحسن ابن وَهْب: إن كان غنيًا؛ قبلت وإلا ردت.

ابن زرقون لابن القاسم وأشهب في العتبيَّة: جوازها مطلقًا، ولو كان معدمًا، وفي شهادة رب المال له الثلاثة الأقوال.

ابن رُشْد: في آخر سماع ابن القاسم في جواز شهادة كل منهما للآخر: ولو كان العامل معدمًا ثالثها: إن كان شغل المال في سلع لظاهر قول أشهب وسماع أَصْبَغ.

ابن القاسم: والآتي على قول ابن وَهْب، والآتي على قول سَحنون.

الثالث: تهمة الحب لأصل أو عارض:

الشَّيخ: روى ابن نافع: يدخل في قول عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، شهادة الأبوين، والولد، وأحد الزوجين للآخر.

ابن الماجِشُون: لا خلاف في هؤلاء عند أصحابنا، ومنهم الجد، وفي إجماع ابن القطان: النكث، لا تجوز شهادة الوالد لولده، وبه قال فقهاء الأمصار، وعن عمر ﷺ جواز ذلك، وقاله داود.

المازري: ولا تجوز شهادة الأب، وإن علا لولده، ولو سفل؛ كان جدًّا من قبل الأب أو الأم، ولا شهادة بني بنيهم لهم، وهو مشهور مذهب الشافعي.

وروي عن عمر قبول شهادة الأب لولده والولد لأبيه، وقاله شريح، والمزني وداود.

وذكر بعض متأخري الشافعيَّة عن مالك قبول شهادة الولد لأبيه دون الأب لابنه، وهذه حكاية مستنكرة عند المالكية، وربما كانت وهمًا من ناقلها.

ابن سَحنون عنه: شهادة الولدين أن فلانًا شج أباهما، وهما مسلمان، والأب عبد أو مكاتب مسلما أو نصرانيًّا؛ ساقطة.

وكذا لو شهدا لأبيهما، وقد مات نصرانيًا بدين على فلان، وترك ولدًا نصرانيًّا، وكذا لو شهدا أن أباهما العبد جنى على رجل جناية، أو أن سيده باعه أو أعطاه أحدًا.

ابن عبدوس عن سَحنون: وكذا شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه.

ولابن رُشْد في نوازل سَحنون من كتاب الأقضية الخلاف في شهادة الأب عند ابنه والابن عنده، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كل منهما على حكم صاحبه، وشهادة كل منهما مع شهادة صاحبه واحد، قيل: كل ذلك جائز، وهو قول سَحنون؛ لأجل إجازته شهادة الأب على قضاء ابنه بعد عزله، وإجازته شهادته عنده إلا أنه شرط كونه مبرزًا، وهو تفسير لقوله في سائر المسائل الأربعة، وهو قول مُطَرِّف؛ لإجازته شهادة كل منهما مع شهادة صاحبه، وشهادته على قضائه بعد عزله، وشهادته على شهادته بكذا شهادته عنده، وقيل: ذلك غير جائز، وهو قول أَصْبَغ؛ لمنعه شهادة كل منهما على شهادة صاحبه، وهو الآتي على مذهبه في سائر المسائل المذكورة.

وفرق ابن الماجِشُون بين شهادة كل واحد منهما مع صاحبه، وشهادته على شهادته، وبين شهادته على حكمه بعد عزله؛ فأجاز شهادته مع شهادته، ولم يتهم الآخر منهما على إرادته إتمام شهادة ابنه أو أبيه، ولا على إرادة إخفاء شهادته، ولم تجز شهادته على حكمه بعد عزله، وهو تناقض، وتعديل أحدهما الآخر؛ لم يجزه أحد من أصحاب مالك إلا ابن الماجِشُون قال: إن لم يكن التعديل نزعه، وليس له قام؛ وإنما نزعه، وقام به إحياء شهادته؛ فلا بأس أن يصفه بالذي تتم به شهادته من عدالته، وفيه بعد.

قُلتُ: وما أدركت قاضيًا حفظه من تقديم ولده أو قريبه إلا قاضيًا واحدًا جعلنا الله من علم الحق وعمل به.

ابن عات لبعض شُيُوخ الشورى بقرطبة: شهادة الأخوين في حق واحد لرجل

جائزة، وليسا كالابن مع أبيه.

وفيها: لا تجوز لأحد الزوجين على صاحبه.

زاد في كتاب ابن سَحنون: كان المشهود له حرًا أو عبدًا أو مكاتبًا.

المازري: ومنعها بينهما عام في المال وغيره.

فيها مع غيرها: إن شهد لأمة بالعتق زوجها، ورجل أجنبي؛ لم تجز شهادتهما.

المازري: إذا ردت شهادته؛ ففي جواز وطئه إياها قولان، ولو كان عبدًا؛ لكان ولها فراقه لإقراره بحريتها، ولو رضيت بالبقاء؛ فهل يمكن من وطئها قولان، بناء على اعتبار لغو شهادته، وخوف إرقاق ولده، وعلى الأول قال بعض الشُيُوخ: ينبغي أن يستبرئها؛ ليفرق بين ولده الرقيق والعتيق.

ولأَصْبَغ في نوازله: من ثبتت شهادته عند قاض لامرأة؛ فلم يحكم بها حتى تزوجها الشاهد؛ لم تبطل شهادته، وأخبرنا بعض شُيُوخنا القضاة في درسه عند ذكر هذه المسألة: أن بعض شُيُوخ المفتيين المحصلين المشهورين كان وقف عن الشهادة بتونس بسبب أنه شهد في استرعاء لامرأة بحق، ثم تزوجها، وفهمنا عنه بذكره ذلك زجر الطالب عن ترك التحفظ، ولو وافق بتركه قولاً منصوصًا في مذهبه.

ابن شاس: قال محمد بن عبد الحَكم: أصحابنا يجيزون شهادة الأب، والابن، والزوج، والزوجة على أنه وكل فلانًا، ولا يجوز على أن فلانًا وكله.

قُلتُ: وفي اختصار الواضحة لأَصْبَغ عن ابن القاسم: تجوز شهادة الأب لابنه على أنه وكل غيره لا على أن غيره وكله.

وفي شفعتها: ومن لا تجوز شهادته من القرابة لقريبه؛ فلا يجوز أن يشهد له أن فلانًا وكله على شيء، ويجوز أن يشهد عليه أنه وكل غيره.

عياض: هذا إن كانت شهادته عليه لا له، مثل أن ينكر التوكيل، أو يكون القائم به غيره لمنفعته لا لحقه هو، ومتى كان هو القائم بذلك لحق له أو لغيره؛ لم تجز.

قُلتُ: ونحوه نقل الشَّيخ عن ابن سَحنون عنه: لا تجوز شهادة ابنين على أبيهما أنه باع ثوبًا من فلان، وفلان محجور، ولو جحد الأب، وادعاه فلان؛ جازت بذلك.

وشهادة الأخ لأخيه بالمال: قال الباجي: إن كان الشاهد في إنفاق المشهود أو يتكرر عليه معروفه؛ لم يجز شهادته له، وإلا ففي جوازها مطلقًا، وإن كان مبرزًا، أو إن لم تنله صلته، رابعها: في اليسير مطلقًا.

وفي الكثير شرط التبريز: وخامسها: في غير الربع المتهم يجره إليه أو إلى ابنه؛ كحبس مرجعه إلى بنيه؛ لرواية الأخوين مع رواية ابن القاسم، وأحد قولي الموازيَّة وغيرها، وأشهب وابن القاسم في الموازيَّة والمجموعة، وذكر المازري خمسة منعها مطلقًا، والثلاثة الأول، وخامسها في اليسير دون الكثير لابن كنانة، وعزا الثالث لها كابن رُشْد، والثاني عزاه ابن حارث لسماع ابن نافع، وعزا ابن رُشْد الأول لرواية ابن وَهْب، قال: ولم يفرقوا بين كون الأب الذي به أخوتها حيًا أو ميتًا، والآتي على قول ابن القاسم في منع شهادة الرجل لزوجة ابنه، أو زوجة أبيه، أو لابن زوجته، أو لأبيها منعها لأخيها إن كان من به أخوتها حيًا أو أحدهما.

قُلتُ: فالأقوال ثمانية: خمسة الباجي، وقولا ابن نافع وابن كنانة، ومخرج ابن رشد قائلاً: لا خلاف في جوازها في الحقوق والأموال، إن لم يكن الشاهد في عيال المشهود له.

اللخمي: لا تجوز له بحال فيما تدرك فيه الحميَّة والغضب، ولا إن كان في إنفاق المشهود له، وفي عكسه خلاف تقدم إلا أن تكون نفقته عليه؛ لئلا تدركه معرة ضعته، ولا بإنكاحه امرأة يتشرف بمثلها، أو تعلقت نفسه بها أو موسرة، والمشهود له فقير، فإن عريت من هذه التهم؛ جرت على خلاف ابن رُشْد.

أجازها ابن القاسم له في النكاح، ومنعها سَحنون: إن نكح إلى من يتزين بنكاحه إليهم.

وفي كونه تفسيرًا لقول ابن القاسم، أو خلافًا، قولا ابن دحون وغيره، وليس بصحيح.

وجراح الخطأ وقتله كالمال: وفي لغوها في جراح العمد وصحتها نقلا اللخمي عن معروف المذهب، وأشهب مع الموازيَّة، وقول أَصْبَغ هذا أحب إلي، وفيه اختلاف.

ابن رُشْد على سماع زونان: أشهب: تجوز في جراح العمد، تجوز في قتله والحدود.

اللخمي: لا تجوز في أن فلانًا قذفه، وفي كل ما تمتنع شهادته فيه له، بمنع تعديله من شهد له بذلك، وتجريحه من جرح شاهده، وتجريح من شهد عليه بما يؤدي إلى عقوبة الأخ.

ابن رُشْد: في صحة تعديله إياه، ونفي التجريح عنه ومنعها ثالثها: يعدله ولا يجرح ومن جرحه؛ لظاهر قول ابن القاسم مع ظاهر قول الأخوين، وابن نافع مع أَصْبَغ وأحد قولي ابن الماجِشُون، واختيار ابن حبيب هذا إن جرحه بالإسفاه، وبالعداوة يصح أن يجرح من جرحه، قاله سَحنون في نوازله، وهو صحيح على القول بجواز تعديله.

شهادة الصديق الملاطف: الذي تحت إنفاق من شهد له لغو، وإن لم يكن تحت إنفاقه، فطرق الباجي في صحة شهادة الصديق الملاطف الذي يناله معروف من شهد له روايتان، وجه القبول: أن الغني ذا المعروف لو لم يقبل له إلا شهادة من لا يناله معروفه؛ لردت له شهادات كثيرة، واقتضى ذلك منعه معروفه.

اللخمي: قال مالك: شهادة الصديق جائزة إن كان لا يناله معروفه ولا صلته.

وقال ابن كنانة: تجوز في اليسير، ولا تجوز شهادة الملاطف للملاطف بمال، ولا غيره، وتجوز شهادة الملاطف للملاطف في المال وغيره.

المازري: مشهور المذهب قبول شهادته لصديقه إن كان ليس في نفقته، ولا يشتمل عليه بره وصلته، ثم ذكر قول ابن كنانة، ولم يتعرض لتفرقة اللخمي بين اسم الفاعل والمفعول في الملاطف.

المتيطي: أجاز مالك شهادة الرجل لصديقه الملاطف، وإن ناله معروفه، ومنع منه في رواية أخرى، وذكر قول ابن كنانة.

ولابن رُشْد في أول سماع ابن القاسم: يشترط التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم فيمن سئل في مرضه شهادة؛ لتنقل عنه، فقال: لا أعلمها ،ثم شهد بها، واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها، وشهادة

الأخ لأخيه، والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، أو شهادة المولى لمن أعتقه، وشهادة الصديق الملاطف لصديقه، وشهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة.

اللخمي لابن القاسم في العتبيَّة: لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته، ولا لزوجة ولده.

ولابن كنانة: لا تجوز في امرأته، ولا لزوجة ولده إلا في اليسير.

ولسَحنون: تجوز لزوج ابنته، ولأبويه، ولابن امرأته ولأبويها، إلا أن تكون الزوجة؛ ألزم السلطان ولدها النفقة عليها لفقر الزوج، ووقف الشهادة في جميعها أحسن إلا في المبرز المنقطع في الصلاح والخير، فتستحق في أبوي امرأته، وأبوي زوج ابنته.

المازري: حاصل هذا النوع أن ما تعلقت به الشهادة بالذات، وهو المضاف للمضاف للشاهد لا تهمة فيه على الشاهد من حيث ذاته، وتلحقه المعرة من حيث إضافته للمضاف للشاهد.

ففي قبول الشهادة فيه وردها: قولا سَحنون وابن القاسم بناء على اعتبار تعلق الشهادة من حيث ذات المشهود له، أو من حيث إضافته للمضاف للشاهد.

ولابن رُشْد في أول سماع ابن القاسم قوله: لا تجوز لابن زوجته، ولا لأبيها، ولا لزوجة ابنه، ولا لزوجة أبيه خلاف قول سَحنون حسبما يأتي من اختلافهما في سماع عيسى.

قُلتُ: قول سَحنون في سماع عيسى هو ما تقدم للخمي عنه.

قال ابن رُشْد فيه: أما شهادته لابن زوج ابنته وأبويه؛ فلا يخالف ابن القاسم سَحنون في جوازها لهم؛ لبعد التهمة، وإنما يخالفه فيما تقدم.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا تجوز شهادة الأب لابنه الصغير، أو السفيه على كبير؛ لتهمته بالجر لنفسه لمكان الذي في حجره وولايته، وإن شهد لكبير على صغير، أو لكبير على كبير؛ جازت إن كان عدلاً، إلا أن يكون المشهود له ممن يتهم عليه؛ لانقطاع

منه إليه، والأثرة له على غيره، وليس بمنزلته، أو عرف بفوته للمشهود له دون الآخر؛ فلا يجوز، ولسَحنون عن ابن القاسم مثله.

وقال سَحنون: لا تجوز شهادة الأب لابنه على حال، ولو لكبير على صغير.

ابن رُشْد: منعها لصغير أو سفيه على كبير، أو لمن له إليه انقطاع، أو على من بينه وبينه عداوة من بنيه متفق عليه.

وفي صحتها لكبير على كبير، وعلى من في حجره من صغير أو سفيه، ولمن في حجره منهما على من في حجره منهما:

قولا ابن القاسم وسَحنون، ولابن عبدوس عنه جوازها، ورجع في كتاب ابنه لمنعها.

اللخمي: منعها سَحنون، ولو كانت لعاق على بار قال: لما جاء في السنة من منع شهادة الأب لابنه، وقول ابن القاسم أحسن، ولا ترد شهادة العدل إلا لتهمة.

ابن رُشْد: ولا تجوز لولده على ولد ولده، وفي العكس جائزة اتفاقًا.

فيها: وله في أول سماع أشهب في شهادة الولد لأحد أبويه تفصيل.

قال في هذا السماع: لا تجوز إلا في اليسير إن كان عدلاً منقطعًا في الصلاح جدًّا.

ولابن عبدوس عن ابن نافع: شهادته لأحد أبويه على الآخر جائزة، إلا أن يكون في ولاية الأب، أو يكون الأب تزوج على أمه فأغارها، فيتهم أنه غضب لأمه؛ فلا تجوز.

قُلتُ: كذا هو في النوادر، وهذا على أن الولاية لا تمنع العدالة في الشهادة قال: ولو شهد لأبيه على ولده أو لولده، وليس في حجره على أبيه؛ لتخرج على الخلاف في شهادته لأحد أبويه على الآخر، ولو شهد لأبيه على جده، أو لولده على ولد ولده؛ لانبغى ردها قولاً واحدًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: شهادة الابن على أبيه بطلاق أمه، أو غيرها، وأمه ميتة جائزة إلا أن تكون عداوة.

سَحنون: إن شهد بطلاق أمه، وهي طالبة للفراق؛ لم تجز، وإن كانت منكرة؛

جازت.

وقاله أَصْبَغ ابن رُشْد: قول سَحنون وأَصْبَغ تفسير لقول ابن القاسم قال: وتحصيل شهادة الابن على أبيه بطلاقه أن شهادته عليه بطلاق أمه جائزة إلا أن تكون طالبة للطلاق، وبطلاق غير أمه جائزة إن كانت أمه ميتة، وغير جائزة إن كانت حيَّة في عصمته إلا أن تكون المرأة هي الطالبة للطلاق، والنظر عندي أن لا تجوز بطلاقها، وإن كانت طالبة للفراق، إن كانت أمه في عصمته، وإن كانت حيَّة في غير عصمته؛ ففي شرط جوازها بكون المرأة طالبة للطلاق وجوازها مطلقًا، قول ابن القاسم في هذا السماع مع الأخوين وأَصْبَغ قال بعض أهل النظر على قول ابن القاسم في هذه المسألة: لو شهد على أبيه بطلاق زوجتيه إحداهما أمه، والأم غير طالبة للطلاق، والأخرى طالبة؛ جازت فيهما كانت شهادته مفترقة أو مجتمعة، ومقابله ساقطة فيهما، كانت مجتمعة أو مفترقة؛ لتهمته في أمه بأن يشهد لها بما ترغب، وفي ضرتها بأن يشهد عليها بما تكره طلبًا لرضى أمه، وإن كرهتا معًا الطلاق؛ لم تجز إن كانت الشهادة واحدة؛ لسقوطها في غير أمه؛ لتهمته بسبب أمه، وفي أمه باتهامه.

في بعض الشهادة: وإن كانت الشهادة متفرقة؛ جازت في أمه لا في الأخرى، وإن كانتا طالبتين للفراق؛ بطلت إن كانت الشهادة واحدة؛ لسقوطها في الأم بالتهمة، وفي الأخرى باتهامه في بعض الشهادة، وإن كانت متفرقة؛ جازت في غير أمه، فتطلق إن كان معه غيره، ويحلف أبوه إن لم يكن معه غيره، وتسقط لأمه؛ لأنه شاهد لها بما تطلبه.

قُلتُ: قوله: والنظر عندي إلخ هـ؛ يقتضي أن ما اختاره لم يعرفه لمتقدم قبله نصًّا.

وقال اللخمي: إن قامت غير الأم بشهادة الولدين، والأم في عصمة الأب، فأجازها أَصْبَغ، ومنعها سَحنون بعد أن أجازها، والقياس منعها كانت الأم في عصمة الأب أو لا، حيَّة أو ميتة؟ كانت الأجنبيَّة منكرة أو قائمة بالشهادة لجري العادة بالعداوة والبغضاء بين المرأة وربيبها، وإن كانت شابة؛ كان أبين؛ لأنه يخشى ما يكون من ولد يشاركه في الإرث، أو يميل ماله إليها.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: تجوز شهادته لامرأة طلقها، ولو كان له منها ولد، ولا

تجوز تزكيته إياها.

ولابن عبدوس عنه: إن كان مليًا، ولا حاجة بولده لأمه؛ جازت إن كان عدلاً، وإن كان عديمًا، وولده في نفقة الأم؛ لم تجز، ونقلهما المازري قولين غير معزوين.

الشَّيخ لابن عبدوس عن سَحنون: لا تجوز لابن الملاعنة لمن نفاه.

قُلتُ: مفهوم بعض ما تقدم من الروايات جوازها، الرابع: عداوة الشاهد للمشهود عليه معتبرة في المانعيَّة اتفاقًا.

الشَّيخ في المجموعة: وشهادة العدو على عدوه أحب إلى طرحها.

زاد في كتاب ابن سَحنون: وهو مصارم له، ولو كان عدلاً في جميع الأمور.

وفي كافي ابن عبد البر: لا تجوز شهادة عدو على عدوه مصارمًا كان له أو غير مصارم.

وفي نوازل سَحنون: إن كانت العداوة بين الشاهد والمشهود عليه في أمر الدنيا في الأموال والمواريث والتجارة ونحوها؛ سقطت شهادته عنه، وإن كانت غضبًا لله لفسقه، وجرأته على الله لا لغير ذلك؛ لم تسقط.

ابن رُشْد: قوله مفسر لجميع الروايات؛ ولذلك لم تسقط شهادة القاضي على من أقام عليه حدًا، أو ضربه في أمر يوجب ضربه حسبما مضى في سماع يحيى.

قُلتُ: زاد فيه عن أَصْبَغ: لو شهد المضروب عند والٍ غير الذي ضربه، فأعلمه ضاربه أنه غير عدل؛ لأنه ضربه حدًا من حدود الله؛ سقطت شهادته بقوله وحده، وأما بعد عزله؛ فلا تجوز شهادته بجرحته بذلك؛ لأنه يريد أن ينفذ حكمه عليه بشهادته.

وقول أَصْبَغ هذا نحو قول ابن الماجِشُون في كتاب القاضي لقاضٍ بتعديل الشاهد من أهل عمله، معارض لرواية أَصْبَغ عن ابن القاسم في الأقضية.

المازري: قال ابن كنانة: إن كانت العداوة خفيفة على أمر خفيف؛ لم تبطل الشهادة.

اللخمي لابن سَحنون عنه: إن كانت العداوة غضبًا لله لجرمه وفسقه؛ فالشهادة جائزة؛ لأنا نشهد على أهل البدع والملل وهذا حسن، إذا لم يعلم من الآخر عند

مهاجرته مقابحة بقول أو فعل، وعبر عنه المازري بقوله: لكون من عودي أفرط في إذاية معاديه، والوقيعة فيه، حتى صار المعادى يحب الانتصار لنفسه، ويحمله ذلك على قبول الباطل، فإن هذا يصير العداوة من الجانبين ليست من أسباب الدنيا.

ولسَحنون: إن شهد رجل على آخر، فبعد نحو شهرين، شهد المشهود عليه على الشاهد؛ لم تقبل شهادته عليه، فرأى أن الشهادة الأولى توجب عداوة في نفس المشهود عليه، والشاهد الأول لم يبد منه ما يدل على العداوة؛ لكنه بدا من الثاني ما يستدل به عليها في حق نفسه؛ فلذا ردت شهادته، وما قاله على الإطلاق قد يتعقب، ولابد من اعتبار دين الشاهدين، وبروزهما في العدالة، وكون الشهادة الأولى لم تقع بما يوجب حقدًا؛ لاحتقار ما شهد به الشاهد الأول.

قال ابن الحاجب إثر نقله رد الشهادة: لعداوة في أمر دنيوي.

قال سَحنون: ومثله لو شهد المشهود عليه على الشاهد، وهو في خصومته.

عارض ابن عبد السلام مفهوم قوله: وهو في خصومته بما تقدم للمازري عن سَحنون في مسألة الشهرين، وما نقله ابن الحاجب عن سَحنون لا أعرفه لغيره، ونقل المازري كا للخمي.

قال ابن رُشْد في أول سماع القرينين في إيجاب مجرد الخصومة: ولو في قليل سقوط شهادة أحدهما على الآخر، ولو بعد طول ما لم يصطلحا، وصحتها بينهما بعد الخصومة في غير الأمر الجسيم، الذي يورث حقدًا وعداوة وما تخاصما فيه.

ثالثها: يجوز بعدها مطلقًا، ولو لم يصطلحا ما لم يقع بينهما فيها مشاتمة لهذا السماع وابن كنانة وغيره، وهو قول يحيى بن سعيد في نوازله.

قُلتُ: هو فيها من نقل ابن وَهْب عنه، وسياقه يدل على أنه قائل به.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من شهد على عدوه، وله شهادتين مفترقتين؛ جازت له لا عليه، وإن كانت شهادة واحدة؛ سقطت فيهما. انتهى.

ابن رُشْد: هذا على المشهور في بطلان كل الشهادة ببطلان بعضها للتهمة، خلاف قول أَصْبَغ في نوازله: يجوز منها ما لا تهمة فيه.

ابن عات: قال الشعباني: تقبل شهادة القراء في كل شيء، لا شهادة بعضهم على بعض؛ لأنهم يتحاسدون كالضرائر، والحسود ظالم لا تقبل شهادته على من يحسده.

المتيطي في المبسوطة: لابن وَهْب: لا تجوز شهادة القارئ على القارئ؛ يعني العلماء؛ لأنهم أشد الناس تحاسدًا، وقاله سفيان الثوري، ومالك بن دينار.

قُلتُ: العمل على خلاف ذلك، وشهادة ذوي القبول منهم مقبولة بينهم كغيرهم، ولعل قول ابن وَهْب فيمن ثبت تحاسد بينهم.

وفي نوازل أَصْبَغ: من شهد لرجل على آخر، والمشهود عليه قائم يسمع، فلما فرغ من شهادته تحول للمشهود عليه، فقال له والقاضي يسمع: إنك تشتمني، وتشبهني بالمجانين وتهددني، وشبه ذلك لم يطرح ذلك شهادته إلا بعداوة قديمة.

ابن رُشْد له في الثمانية: إن قاله على وجه الشكوى والاستنهاء من الأذى لا على وجه طلب خصومة، ولا سيما الشتمة؛ فلا أراه شيئًا، وإن سمى الشتمة، وهي مما في مثلها الخصومة، أو كان ذلك منه على وجه الطلب لخصومته، وإن لم يسم المشاتمة؛ فشهادته ساقطة، وهو مفسر لقوله هنا.

ولابن الماجِشُون في الثمانية: تبطل شهادته بهذا القول؛ لأنه أخبر أنه عدوه قال: ولو قال ما هو أدنى من هذا؛ سقطت شهادته، وقول ابن الماجِشُون أصوب.

قُلتُ: لم يحك اللخمي غير قول أَصْبَغ في العتبيَّة، وقال: وطرحها أحسن إلا أن يكون مبرزًا في حاله بعيد التغير عند الأذي؛ فذلك أخف، واختلف فيمن كانت له عنده شهادة، كان يذكرها على رجل، ثم عاداه، واحتيج للقيام بها، وقبولها هنا أخف إذا كانت قيدت، ونحوه قول المازري اختلف المذهب في شهادة العدو على عدوه، إن سمعت منه قبل زمن العداوة.

وقول اللخمي: قيدت أخص من قول المازري: سمعت.

وسمع ابن القاسم: من شهد على رجل بينه وبينه عداوة، فاحتاج أهل الشهادة إليها؛ فليشهد عليه، ويخبر مع شاهده بعداوته إياه، ولا يكتم ذلك.

ابن رُشْد: مثله في سماع عيسى خلاف سماع سَحنون ونوازله، وأصح القولين: أنه

لا يخبر بعداوته إياه؛ لأنه يبطل بذلك حقًا يعلم صحته.

وفي نوازل سَحنون عنه: قال ابن وَهْب: بلغني عن يحيى بن سعيد أنه قال: من كانت بينهما عداوة، ثم اصطلحا بعد ذلك؛ جازت شهادة كل واحد منهما على صاحبه.

ابن رُشْد في سماع القرينين: وقال الأخوان وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: وذلك إذا طال الأمر، واستحق الصلح، وظهرت براءتهما من دخل العداوة؛ لتهمته إذا شهد عليه بقرب صلحه أنه إنما صالحه؛ ليشهد عليه.

قُلتُ: لم يحك جوازها بعد الصلح مطلقًا إلا عن يحيى بن سعيد، والأولى عزوه للموَّازيَّة لقول الشَّيخ في الموازيَّة: كل من كان بينهما عداوة، وهجرة ومصارمة، ثم اصطلحا؛ فشهادة أحدهما على الآخر جائزة.

وسمع القرينان: إن مكث المتخاصمان بعد خصومتهما سنين إن كان أمرهما صار إلى سلامة وصلح؛ فشهادة أحدهما على صاحبه جائزة.

ابن رُشْد: ظاهره: أن مجرد الخصومة، ولو في قليل؛ يوجب العداوة بين المتخاصمينو ومثله في سماع سَحنون، ونوازل أَصْبَغ: ولو سلم كل واحد منهما على صاحبه، ولم يعودا إلى ما كانا عليه قبل المخاصمة من التكلم؛ لم تجز شهادة أحدهما على صاحبه، ولم يخرجه ذلك من الهجران إذا لم يكن مؤذيًا له على ما في رسم باع شاة من سماع عيسى.

وقال الأخوان: إذا لم يكن بينهما خاصًا؛ خرج بالسلام عن الهجرة، وجاز عليه شهادته إن ترك كلامه.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن أخذ صاحب السوق سكرانًا فسجنه، وشهد عليه هو وآخر؛ لم تجز شهادته عليه؛ لأنه صار خصمًا حين سجنه، ولو رفعه لغيره قبل أن يسجنه؛ جازت شهادته.

ابن رُشْد: إنما جازت شهادته عليه، وإن رفعه ما لم يسجنه؛ لأن ما فعل من رفعه، وأخذه لازم له؛ لأنه موكل بالمصلحة؛ لأنه صاحب السوق، ولو لم يكن صاحب السوق يأخذ سكرانًا، فرفعه إلى غيره؛ لم تجز شهادته عليه على ما قال في المسألة

التي بعد.

قُلتُ: هي قوله في أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فتعلقوا به، وأتوا به إلى السلطان، وشهدوا عليه: لا تجوز شهادتهم، وهم قذفة.

ابن رُشْد: إنما لم تجز شهادتهم عليه؛ لأن فعلهم وتعلقهم به ورفعهم إياه لا يجب عليهم؛ بل هو مكروه لهم؛ لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره، ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفعه؛ جازت شهادتهم.

وللأخوين وأَصْبَغ: إن شهد أربعة بالزنا على رجل؛ جازت شهادتهم، وإن كانوا هم القائمين به مجتمعين جاءوا أو مفترقين، إن كان افتراقهم قريبًا بعضه من بعض؛ لأن قيامهم لحق الله، فلم يكونوا خصماء، ولو كانت شهادتهم فيما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق؛ جازت شهادتهما، ولو كانا هما القائمان بذلك؛ لأن قيامهم متعين.

وقال بعض المتأخرين: لا تجوز على قول ابن القاسم في هذه المسألة؛ لأن كل من قام في حق يريد إتمامه، فيتهم أن يزيد في شهادته؛ ليتم ما قام به، وهو بعيد.

قُلتُ: فشهادة من رفع من شهد عليه؛ لأنه مولى على ذلك مقبولة، وفي غير المولى عليه، ثالثها: إن كان فيما يستدام تحريمه للأخوين، وبعض المتأخرين على قياس قول ابن القاسم فيما لا يستدام تحريمه.

وابن رُشْد: محتجًا بأن القيام به متعين عليهما.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن شهد شاهدان على صبي يجرحه إنسانًا، وهما عدوان لوصيه، أو شهدا بدين على الميت؛ جازت شهادتهما، وشهادتهما على من هما عدو أبيه ساقطة، ولو كان مثل أبي شريح، وسليمان بن القاسم، ونقل ابن شاس، وابن الحاجب قول ابن القاسم هذا، ولم يتعرض شارحاه، ولا ابن رُشْد للتعريف بهذين الشَّيخين، فنظرت في رجال الصفوة، فلم أجدهما فيه، ولم يذكرهما أبو نعيم في الحلية، ثم وجدت في اختصار رجال تهذيب الكمال للمزى يذكر في طبقه الثوري ومالك.

قال عبد الرحمن بن شريح: أبو شريح المعافري أخذ عن أبي قبيل، وأبي الزبير، روى عنه هانئ بن المتوكل، وابن وَهْب، وابن القاسم من الثقات، وللباجي في كتاب

سنن الصالحين قال: قال ابن القاسم: سمعت سليمان بن القاسم، وغيره ممن أثق به: بلغني أن الرجل؛ يريد: أن يبلغ وجهًا من العبادة، فيمنعه الله إياها نظرًا له، ولو بلغها كان فيها هلاكه.

قُلتُ: فهما شيخان له.

ابن رُشْد: معنى إجازتها على الوصي إن لم يكن بيده مال يؤخذ منه دية الجرح، أو كانت ديته الثلث فصاعدًا؛ لأنه ببلوغه الثلث على العاقلة؛ لأن عمد الصبي خطأ، ومعنى قبول شهادتها بدين: أن المال لم يصل ليد الوصي، ولو كانت بعد وصوله له؛ ردت شهادتها؛ لتهمتها على إخراج المال من يده، وقاله ابن حبيب عن الأخوين، وأَصْبَغ؛ وهو تفسير لقول ابن القاسم.

قُلتُ: قول اللخمي أجازها ابن القاسم ومنعها الأخوان؛ لأنه يخرج ما في يد الصبي خلاف قول ابن رُشْد، وهو تفسير لقول ابن القاسم، ولابن حارث؛ كاللخمي.

قُلتُ: في تفرقته بين وصوله وعدمه نظر؛ لأنه وإن لم يصل إليه متمكن من أخذه، وهذا إن كان الوصي ممن يمكن منه عادة تجره بمال اليتيم لنفسه لا لليتيم، ولو كان ممن يقتضي حاله التنزه من تجره به لنفسه، أو كان مال اليتيم ربعًا ليس في غلته، فضل يظن تجر الوصي به؛ لا نبغى قبول شهادتها؛ لأنه حينئذ شهادة تنفع الموصي بالراحة من مؤنة حفظ المال والقيام به.

قال: وشهادته على ابن عدوه وأبيه بقتل أو حد؛ ساقطة اتفاقًا.

وفي المال والجراح: ثالثها: في الجراح لهذا السماع، ومحمد بن سَحنون عن محمد بن رشيد وأبيه.

وفي المدارك: قال المالكي: محمد بن رشيد مولى عبد السلام بن الفرج الربعي؛ يكنى أبا زكرياء، كانت رحلته إلى الحجاز، وإلى ابن القاسم بمصر واحدة.

قال ابن سَحنون: كان فقيهًا حسن البيان.

قال ابن حارث: إذا تكلم ابن القاسم في العلم أسرع ابن رشيد إلى فهمه، وكان سَحنون يتباطأ عنه غير أنه فهم رسيخ في قلبه.

قال ابن العرب: كان أهل الأندلس يسمعون منه أكثر مما يسمعون من سَحنون، ثم رخص في المعاملة بالعينة، فتركه كثير من الناس.

اللخمي: في جوازها بمال، وما لا يلحق الأب معرة وردها مطلقًا.

ثالثها: إن لم يكن في ولاية أبيه.

ورابعها: إن مات الأب لمحمد، وابن القاسم قائلاً ولو كان مثل أبي شريح، وسليمان بن القاسم، وأحد قولي ابن الماجِشُون وثانيهما.

الشَّيخ في الموازيَّة: تجوز شهادة العدو على ابن عدوه، وإن كان في ولايته ما لم يكن بما عليه فيه حد أو عيب أو قتل؛ لأن فيه معرة للأب، وكذا الأم والجد، وأما الأخ وسائر القرابة؛ فبخلاف ذلك؛ ابن حارث اختلف في منعها على أخي عدوه، لابن عبدوس في منعه عليه قولا سَحنون وابن الماجِشُون.

وسمع عيسى ابن القاسم: من هاجر رجلاً، ثم بدا له، فسلم عليه، وهو مجتنب لكلامه، إن كان مؤذيًا له؛ فقد برئ من الشحناء.

ابن القاسم: فإن كان غير مؤذٍ له؛ لم يبرأ منها.

قُلتُ: فهل تسقط شهادته عليه باعتزاله كلامه، وهو غير مؤذ له؟ قال: نعم. هـ.

ابن رُشْد: معنى قول مالك، وابن القاسم: إن المسلم يخرج من الشحناء إن كان المسلم عليه مؤذيًا للذي ابتدأ بالسلام، ولا يضرا البادئ بالسلام تركه كلام المؤذي، وإن كان المسلم عليه غير مؤذيًا للبادئ بالسلام؛ فلا يخرج البادئ بالسلام بسلامه من الشحناء حتى يكلمه؛ إذ لا عذر له في ترك كلامه، فإن كان مؤذيًا له؛ جازت شهادته عليه إذا سلم عليه، وإن لم يكن مؤذيًا؛ لم تجز شهادته عليه حتى يرجع لكلامه.

ولابن حبيب عن الأخوين: إن كان ما بينهما خاصًا؛ لم يخرج من الهجران، ولم تجز شهادته عليه حتى يرجع إلى كلامه، وإن لم يكن ما بينهما خاصًا؛ برئ من الهجران بالسلام، وإن لم يكلمه، وجازت شهادته عليه.

الشَّيخ في المجموعة عن ابن كنانة: هجرة المتهاجرين إن كانت خفيفة، وقعت عن أمر خفيف؛ جازت شهادة أحدهما على الآخر، وأما المهاجرة الطويلة؛ فلا.

الشَّيخ عن محمد ابن عبد الحَكم: تجريح العدو عدوه مردود، وتعديله إياه مقبول.

اللخمي: كل موضع ترد فيه شهادة الأخ لأخيه؛ رد فيه تعديله من شهد له، وتجريحه من جرح من شهد له، أو جرح من شهد عليه بما إذا ثبت أدى إلى عقوبة الأخ، أو حده، أو قتله.

وفي صحة تعديله أخاه؛ خلاف، ومنعه أصوب.

قُلتُ: تقدم في فصل شهادة الأخ أن في تعديله قولا ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: وهذا إذا شهد بما إن ردت شهادته؛ لم يعاقب، ولو كانت فيما إن ردت؛ حدا أو عوقب كشهادته بزنا أو غيره؛ لم تجز، ولا يجرح من جرح أخاه؛ لأنه يدفع به معرة بخلاف التعديل.

محمد: إن جرحه بهجرة أو عداوة؛ جاز؛ يريد: بخلاف الجرحة بالإسفاه.

محمد: ولا يجرح من جرح عمه، وأجاز ذلك في الأخ وابن العم، وأرى أن لا يجوز تجريحه في أخ، ولا عم ولا ابن عم، وإن كانت الجرحة بعداوة أو هجران؛ لأن رد شهادة الشاهد، وصم عليه، وهو مما تدرك فيه الحمية، ولأن رد شهادة الشاهد لعداوة؛ فهو لتهمته أنه شهد بزور لأجل ما بينهما.

ولابن رُشْد في نوازل سَحنون: قول سَحنون: للشاهد أن يجرح من جرح أخاه بعداوة صحيح على القول أنه يعدله، وعلى أنه لا يعدل لا يجرح من جرحه بعداوة، ولا بإسفاه، وقيل: يجرح من جرحه بعداوة، وإسفاه على القول أنه يعدله، وهو ينحو لقول من يجيز شهادته له فيما سوى الأموال مما فيه العصبيَّة، والحميَّة كالقتل والحدود.

فقول سَحنون هذا في تفرقته بين أن يجرح من جرحه بعداوة، أو أسفاه قول ثالث؛ فلا يجوز على مذهبه لمن جرح أخوه بفسق، ولا عداوة أن يجرح من جرحه بعداوة، ويجوز لمن جرح أخوه بعداوة أن يجرح من جرحه بفسق وبعداوة، وله أن يجرح من جرح عمه بعداوة اتفاقًا، وإنما يختلف في تجريح من جرحه بإسفاه على قولين، وإنما الثلاثة الأقوال في تجريح الرجل من جرح أخاه.

وقال ابن دحون مفسرًا لقول سَحنون: إذا جرح عمك، أو أخوك بفسق؛ لم يجز

لك أن تجرح من جرحه بفسق، ويجوز أن تجرحه بعداوة، وإن جرح عمك أو أخوك بعداوة؛ جاز أن تجرح من جرحه بفسق وعداوة، وهو غير صحيح في المعنى، فتدبره.

قال ابن الحاجب: ومن امتنعت له؛ امتنعت في تزكية من شهد له، وتجريح من يشهد عليه، ومن امتنعت عليه؛ امتنعت في العكس.

قُلتُ: وأقل من شطر عدد كلماته قولنا: والتزكية في كل شيء كشهادة به، والتجريح فيه؛ كشهادة بنقيضه، وعلة الجميع جر نفع، أو نفي ضرر.

الخامس: التهمة على إزالة نقص عرض، أو تخفيف معرة بمشارك فيها.

فيها: إن شهد صبي، أو عبد، أو نصراني عند قاض، فردها لموانعهم؛ لم تجز بعد زوالها أبدًا.

المازري والشَّيخ لابن سَحنون عنه: أجمع أصحابنا على أن الشهادة إذا ردت لظنة، أو تهمة، أو لمانع من قبولها، ثم زالت التهمة، أو الوجه المانع من قبولها أنها إن أعيدت؛ لم تقبل.

الصقلي لمحمد عن أشهب: من قال لفلان: يشهد لي فلان العبد، أو النصراني، أو الصبي فلان، فقال: لا أقبل شهادتهم، ثم زالت موانعهم؛ قبلت شهادتهم؛ لأن قوله ذلك فتيا لا رد.

وعن ابن القاسم: إن جهل القاضي، فأجاز شهادتهم في شهادتهم الأولى نقض ما قضى به من شهادتهم، وإن أسلم الذمي، وعتق العبد، واحتلم الصبي وحسنت حالتهم؛ جازت شهادتهم.

قال بعض القرويين: وينبغي أن يعيدهم؛ ليشهدوا بها بعد العتق والإسلام، وقد قال ابن القاسم في عبد حكم بشهادته يظن أنه حر، ثم علم بذلك بعد عتقه: أن الحكم الأول يرد، ثم يقوم بها الآن، فيشهدوا له.

وفي كتاب ابن سَحنون عنه وعن مالك وأصحابه: إن شهد العبد والصبي والنصراني عدولاً على شهاداتهم، ثم انتقلوا إلى حالة جواز شهاداتهم؛ أنها لا تقبل؛ لأنهم أشهدوا على شهاداتهم في وقت لا تقبل فيه شهاداتهم.

الصقلي: ففي هذا دليل على أنهم إذا شهدوا في الحالة الأولى، فلم ترد شهادتهم حتى زالت موانعهم، وحسنت حالهم؛ أنها لا تجوز حتى يعيدوا الشهادة الآن، وكذا العبد يحكم بشهادته لظن أنه حر، ثم يعتق لابد من إعادة شهادته.

وفي نوازل سَحنون: في حر وعبد شهدا، وحكم الحاكم بشهادتهما، وجهل العبد، ولم يعلم به، حتى عتق العبد، وجازت شهادته؛ أعاد شهادته، ومضى الحكم بها؛ لأنها لم ترد أولاً.

ابن رُشْد: هذا خلاف سماع أبي زيد من أن الحق يرد، ولا تقطع وهو أظهر؛ لأن الحكم بشهادة العبد حكم مردود، فإن أعاد شهادته بعد عتقه؛ اتهم في أن يريد إجازة شهادته، التي قد وجب ردها، ونقض الحكم الذي وقع فيها وكل من حد في قذف أو غيره وتاب؛ جازت شهادته في غير ما حد فيه، وقاله ابن حارث في القاذف اتفاقًا.

وفي صحتها فيما حد فيه قذف أو غيره نقلا ابن رُشْد رواية ابن نافع مع رواية ابن عبد الحكم، وقول ابن كنانة وأَصْبَغ في الثمانية، وظاهر دياتها، وقول سَحنون مع رواية الأخوين، وأَصْبَغ في الواضحة، والمازري عن الأخوين لا عن روايتهما.

قُلتُ: وعبر عنه أبو عمر بالمشهور.

الشَّيخ عن الأخوين المحدود في الزنا يتوب؛ شهادته جائزة في كل شيء إلا في الزنا، والقذف، واللعان، وكذا المنبوذ؛ لا تجوز شهادته في شيء من وجوه الزنا لا قذف ولا غيره، وإن كان عدلاً.

وفي نوازل سَحنون: من اقتص منه في جناية؛ لم تجز شهادته في مثل الجرح الذي اقتص منه.

ابن رُشْد: هذا شذوذ أغرق فيه في القياس.

قلت للشيخ عن الواضحة: قال الأخوان: من قتل عمدًا، فعفي عنه، ثم حسنت حاله؛ جازت شهادته إلا في القتل.

وفي كتاب ابن سَحنون: قيل لابن كنانة: من ضربه الإمام نكالاً أينتظر في قبول شهادته توبته؟ قال: ليس ما ينكل فيه سواء نكل ناس بالمدينة لهم حالة حسنة لشيء

أسرعوا فيه إلى ناس، وشهادتهم في ذلك تقبل ليس لأحدهم فيه مغمز، ومن ليس بحسن الحال إلا أن شهادته تقبل، وليس بمشهور العدالة يأتي بها فيه النكال الشديد، فلينظر في هذا؛ وإنما يعرف هذا عند نزوله، وأما الشتم ونحوه وهو في غير ذلك يعرف بالصلاح؛ فلا ترد شهادته.

وفي ولد الزنا طريقان:

المازري: لم يختلف المذهب في رد شهادته في الزنا، وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنا، وفرق الأبهري بين عدم قبول شهادته في الزنا؛ وقبول شهادة من حد فيما حد فيه بأن معرة إتيان الكبيرة ترتفع بالتوبة والورع والعفاف، والتائب من الذنب كمن لا ذنب له، ومعرة ولد الزنا لازمة له، لا ترفع عنه بشيء، وأشار بعض الأشياخ إلى ضعف هذا الاعتذار، ورأى أن ولد الزنا الذي لم يأت جرمًا أولى من قبول الشهادة من زانٍ تاب، أو سارق صلح حاله، واختلف عندنا في صحة ولايته القضاء، وعلى صحتها اختلف هل يصح أن يحكم في الزنا؟

ابن رُشْد: شهادة ولد الزنا في الزنا.

وفي نفي الرجل عن أبيه جارية على الخلاف فيمن حد في شيء: هل تجوز شهادته فيه أم لا؟

والمشهور من قول ابن القاسم: أنها مردودة، وهو قوله في سماع أبي زيد من هذا الكتاب، وسماع عيسى من كتاب الحدود، وظاهر ما في ديات المدَوَّنة؛ أنها جائزة.

قُلتُ: الصواب أخذ الجواز من قولها في الديات، كما قاله ابن رُشْد لا مما قاله ابن عبد السلام قال: قال مالك في كتاب الشهادات والمحدود: إذا ظهرت توبته، وحسنت حاله؛ جازت شهادته في الحقوق والطلاق، والظاهر عموم الحقوق التي لله وللآدمي.

قُلتُ: ظاهر عطف الطلاق على الحقوق أنها الآدمية؛ إذ لو كانت عامة في الحقوق التي لله لما افتقر إلى ذكر الطلاق؛ ولذا لم يأخذه ابن رُشْد إلا من كتاب الديات مع تأخره عن كتاب الشهادات.

السادس: ظن عدم استيفاء واجب التحمل، أو ترك القيام بها، الواجب دوام

محرم، أو الحرص على قبول الشهادة.

قال ابن رُشْد في رسم باع شاة: شهادة المختفي لا خفاء في ردها، على القول بلغو الشهادة على إقرار المقر دون قوله: اشهد علي، وهو أحد قولي مالك في المدَوَّنة، وقول ابن أبي حازم وابن الماجِشُون، وروايته، ورواية محمد إلا أن يكون قذفًا.

قُلتُ: أو غيره من حقوق الله؛ وإنما اختلف في شهادة المختفي من يجيز الشهادة على المقر دون قوله، اشهد علي منعها سَحنون مطلقًا، ومنهم من كره له الاختفاء ليتحملها، وقبلها إن شهد بها وهم الأكثر، وهو ظاهر قول عيسى هنا خلاف قول ابن القاسم في تفرقته بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله بما يقر به على نفسه، وبين من يؤمن ذلك منه لنباهته ومعرفته بوجوه الإقرار على نفسه، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة؛ لزمته الشهادة عليه، وإنما يصدق عنده مع يمينه إذا قال: إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه.

قُلتُ: للشيخ عن الموازيَّة: قال مالك: من أقعد له شاهدان من وراء حجاب يشهدان عليه، إن كان ضعيفًا أو مختدعًا أو خائفًا؛ لم يلزمهو وحلف ما أقر إلا لما يذكر، وإن كان على غير ذلك؛ لزمه، قيل: فمن لا يقر إلا خاليًا، قال: أخاف أن يسمع جوابه بسؤال، ولعله يقول له في سر: ما الذي لي عندك إن جئتك بكذا وكذا، فيقول: لك عندي كذا، فإن قدرت أن تحيط بسرهم؛ فجائز، ولابن كنانة: شهادة السر بذلك مقبولة، ويسر ما صنعوا حين دخلوا ذلك المدخل، وجعل المازري، ومن تبعه علة رد شهادة المختفي، الحرص على التحمل بعيد.

وسمع عيسى ابن القاسم: من ترك القيام بشهادته في عقار أو مال يراه بيد غير ربه يبيعه ويهبه ويحوله عن حاله، ثم يقوم بها؛ لم تقبل.

ابن رُشْد: قال الأخوان: إنما تسقط شهادته إذا لم يكن عند رب الحق؛ علم بذلك، ولو علم بعلمهم، ولم يقم بحقهم؛ لم يضرهم، وهذا تفسير لهذا السماع؛ لأنها إنما تبطل بترك إعلام رب ذلك بذلك، وكذا الشاهد الواحد، ففي إبطالها بذلك، وفيما يستدام تحريمه من حقوق الله من حريَّة وطلاق وشبهه.

ثالثها: في حقوق الله فقط لابن وَهْب مع ابن القاسم، والأكثر وظاهر قول أشهب في المبسوطة وسَحنون، وهو أظهرها

الشهادات خمسة أقسام:

الأول: على الحاضر تبطل بترك إعلامه، لا بترك رفعها للسلطان.

قُلتُ: إلا أن يكون ربها ممن هو إلى نظر السلطان؛ كاليتيم المهمل.

الثاني: ما يستدام تحريمه تبطل بترك رفعه للسلطان، إلا على ظاهر قول أشهب.

الثالث: مال الغائب في بطلان الشهادة بعدم الرفع للسلطان، اختلاف بناء على القول بأن السلطان يوكل من يقوم بحقه، وهو أحد قولي ابن الماجِشُون، وقول أَصْبَغ خلاف قول مُطَرِّف.

الرابع: ما لا يلزم القيام بها فيه إذا لم يدع إليها؛ وهي الشهادة على ما مضى من الحدود التي لا يتعلق بها حق لمخلوق؛ كالزنا، وشرب الخمر؛ لا يلزم القيام فيه، ويستحب ستره إلا في المشتهر، ولا تبطل بترك القيام به، وإن كان مشتهرًا اتفاقًا.

قُلتُ: في سرقتها: ولا يحل للبينة الكف عن الشهادة على السرقة إذا رفع السارق إلى الإمام.

قال الخامس: ما لا يجوز القيام بها، ولو دعي إليها، وهي التي يعلم من باطنها خلاف ما يوجب ظاهرها؛ كالرجل يأتي للعالم فيقول: حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلانًا، فكلمته بعد ذلك بشهر؛ لأني كنت نويت أن لا أكلمه شهرًا، فإن دعته امرأته؛ ليشهد لها بما أقر به عنده من حلفه بالطلاق أن لا يكلمه، وأنه كلمه بعد شهر؛ لم يجز له أن يشهد عليه بذلك.

وفي المجموعة عن أَصْبَغ: لابن القاسم في رجلين شهدا على رجل أنهما رأياه سكرانًا، أو يسرق، فجرحاه بذلك في شهادة شهدها: فليقم عليه الحد، ولا يضرهما تأخير ذلك، وهو ستر سترًا عليه.

وسأل حبيب سَحنونا عمن أدخل من زقاق المسلمين بيتًا في داره، فلم يرفع ذلك الجيران للحاكم إلا بعد عشرين سنة لا يشهدون به: فهي جرحة.

المازري: ورد الشهادة بتهمة الحرص على قبولها ما قد قيل، إذا حلف الشاهد على صحة شهادته إن حلفه قادح فيها؛ لأن حلفه كالعلم على التعصب والحمية.

قال: واختلف إذا قاموا الشهود، وخاصموا في حقوق الله، فأسقط ابن القاسم شهادتهم؛ لأن خصامهم علم على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم، والحكم بها، وشدة الحرص على إنفاذها قد يحمل على تحريفها أو زيادة فيها.

وقال مُطَرِّف: شهادتهم تامة؛ لأنه في أمور الآخرة، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة، وذكر الباجي في قول عمر: لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين من قام يطلب حقًا لله؛ لم تقبل شهادته فيه، قاله ابن القاسم في العتبيَّة، وقال مُطَرِّف: شهادته جائزة.

قُلتُ: ونحوه لابن رُشْد، وتقدم ذكر كلامه في ذكر الخصومة، فجعل المازري المانع حرصه على القبول خلاف كونه الخصومة، وقول ابن الحاجب في مانعية الحرص على الشهادة في القبول، وفي القبول؛ كمخاصمة المشهود عليه في حق الآدمي، إن أراد بتوكيل من المشهود له، فهو نقل الباجي عن ابن وَهْب: الوكيل على خصومة لا تقبل شهادته فيما يخاصم فيه، وإلا فهو أحرى في عدم القبول.

السابع: المازري: تعرض التهمة من جهة الشذوذ في العادة، ومخالفة الشهادة، ومنه نقل ابن حبيب حديث أبي هريرة: «**لا تقبل شهادة البدوي على القروي**».

قُلتُ: خرجه أبو داود بلفظ: «**لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية**»[1]، وصححه عبد الحق بالسكوت عنه، ولم يتعقبه ابن القطان.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكَم: مالك: فتأويل ذلك في الحقوق إذا شهدوا في الحاضرة؛ لأنها تهمة إن شهد أهل البادية دون من معه من أهل الحاضرة، وأجازها في الدماء والجراح، وحيث تطلب الخلوات، والبعد من العدول، وروى نحوه ابن وَهْب.

---

(1) أخرجه أبو داود، رقم (3602) في الأقضية، باب شهادة البدوي على أهل الأمصار، وابن ماجه، رقم (2367) في الأحكام، باب من لا تجوز شهادته.

وفي المجموعة: شهادة البدوي على القروي بالبادية؛ جائزة مثل أن يحضره بها الوفاة، فيوصي، أو يبيع فيها، أو يبتاع.

قال ابن القاسم في الكتابين: وتجوز شهادتهم في رؤية الهلال إن كانوا عدولاً، ورواه محمد.

ولابن رُشْد في رسم القبلة من سماع ابن القاسم حاصل هذا السماع، وما ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه: أن شهادة البادية في ما يقصد إلى إشهادهم عليه دون الحاضرة فيما يقع بالحاضرة من عقود معاوضة، ووصيَّة، وعتق، وتدبير، وشبهه؛ لا تجوز، فلا شهادة لبدوي في حضر على حضري، ولا على بدوي لحضري، ولا لبدوي إلا في الجراح، والقتل، والزنا، وشرب الخمر، والضرب، والشتم، وشبهه مما لا يقصد الإشهاد عليه، ويجوز فيما يقع بالبادية من ذلك كله على حضري أو بدوي، فعلى هذا لو حضر أهل بادية شيئًا مما يقع في الحاضرة بين أهلها، وغيرهم من معاملة، وغيرها دون أن يحضروا ذلك، أو يقصد إلى إشهادهمو فشهدوا بما حضروا؛ جازت شهادتهم إن كانوا عدولاً.

و قال ابن وَهْب: وروى ابن القاسم خلاف هذا: أنه لا تجوز شهادة البدوي على الحضري لما فيه من الظنة؛ يريد إذا شهد على حضرى لبدوي مثله في شيء من الأشياء في حضر أو بادية، ومن هذا المعنى شهادة العالم على العالم في المبسوطة من قول ابن وَهْب: لا تجوز شهادة القارئ على القارئ؛ يعني العلماء؛ لأنهم أشد الناس تحاسدًا وتباغيًا، وقاله سفيان الثوري، ومالك بن دينار.

وفيها: لا تجوز شهادة السؤال إلا في التافه اليسير إن كانوا عدولاً، ونحوه في سماع يحيى لابن وَهْب، وفي لفظه اضطراب.

ابن رُشْد: تبع من أدركناه من الشُيُوخ تأويل ابن حارث قول ابن وَهْب، فقالوا: المسألة العامة تبطل الشهادة اتفاقًا، والخاصة كذلك في أحد قولي ابن وَهْب غير مفرقين بين صريح السؤال والتعريض به، والتلطف فيه مع التستر، وتأويل المسألة عندي أن من عرف بالتصريح بالسؤال في خاص أو عام؛ ردت شهادته إلا أن يكون لسبب يعذر

به؛ فلا ترد.

قال في المجموعة: من نزلت به مصيبة الحاجة، فسأل بعض إخوانه غير مشهور بالمسألة؛ لم ترد شهادته، وقاله ابن كنانة في المجموعة، وكتاب ابن سَحنون، وكذا إن رزي برزيَّة كدية وقعت عليه، ومن أخذ الصدقات بكل ما يقدر عليه من التعريض والإلطاف مع التستر عن السؤال؛ جازت شهادته، قلت: ذكر قوله.

قال في المجموعة إثر كلام لا يصلح معه عود ضمير قال: إلا على قول ابن وَهْب، وهو في النوادر لابن أبي حازم، لا لابن وَهْب.

اللخمي: اختلف في الفقير المتكفف، قيل: تجوز شهادته في اليسير.

وقال ابن وَهْب في الحسن الحال الظاهر الصلاح: يسأل الصدقة ممن يعطيها لأهل الحاجة، أو يسأل الرجل الشريف الصدقة، وهو معروف بالمسألة، ولا يتكفف الناس؛ ترد شهادته إلا أن يكون ممن يطلب الصدقة عند الإمام، أو إذا فرقت وصيَّة، والمعترض لأخوانه؛ جازت شهادته، وأرى إن كان لا يسأل، وإن أعطى أخذ؛ جازت شهادته، ولا تجوز شهادة أحد من هؤلاء لمن عادته رفقه أو يرجوه منه.

قال: والفقير الذي لا يقبل الصدقة شهادته في اليسير جائزة، واختلف في الكثير قيل: يجوز.

وقال ابن كنانة: لا تقبل في الكثير كخمسمائة دينار؛ يريد: إن كانت بوثيقة؛ لأن العادة أن يقصد بالوثائق غير هؤلاء، ولو قال: سمعته أقر بذلك؛ رأيت قبولها، ولو كثر، وكذا إن كان منقطعًا في الصلاح، أو ممن اشتهر بالشهادة، ويقصد بالكتب للوثائق.

المازري: ظاهر المذهب قبول شهادته مطلقًا، وقول ابن كنانة: لا تقبل في الكثير إن لم يكن ظاهر العدالة قول انفرد به بعيد عن ظاهر الشرع وقواعده.

قد قال جماعة من العلماء: إن الفقير الصابر أفضل من الغني الشاكر، قد افتقر أبوبكر رضي الله عنه حتى تخلل بالعباء، وما شبع آل محمد ﷺ ثلاث ليال متواليات(1).

---

(1) أخرجه البخاري: 9/478 في الأطعمة، باب ما كان النبي ﷺ وأصحابه يأكلون، ومسلم:

قُلتُ: ذكره أبو بكر في هذا المقام غير مناسب؛ بل كل من كان فقره بإخراجه ماله طوعًا في الله، الثقة بشهادته أكثر من الثقة بشهادة الغني الباقي ماله بيده، وما محل النزاع مع ابن كنانة إلا الفقير الأصلي.

ونقل المازري قوله: لا تقبل في الكثير إذا لم يكن ظاهر العدالة أصوب من نقله.

اللخمي: لا يقبل في الكثير مطلقًا؛ لأنه في النوادر كما نقله المازري.

وجرحة الفسق تزول بالتوبة الشرعية: وهي مستوفاة في علم الكلام الذي هو أصل أصل الفقه.

المازري: لا تقبل شهادته بمجرد قوله: ثبت إنما تقبل بدلالة حاله، والقرائن على صدقه مع اتصافه بصفات العدالة، ولا توقيت في ذلك، ووقته بعض العلماء بسنة، وبعضهم بشطرها، والصحيح ما قلنا: قَلت.

الشَّيخ في المجموعة عن ابن كنانة: من كان يعرف بالصلاح، فمعرفة توبته من قذف يطول ليس كمن كان معلنًا السوء؛ لأن من عرف بالخير؛ لا يتبين تزيده فيه إلا بالترداد عليه، وقول ابن الحاجب: وقيل: لابد من مضي سنة، وقيل: ستة أشهر؛ ظاهره أنه في المذهب، وليس كذلك.

وفي الرجم منها مع المجموعة عن ابن القاسم وأشهب: لا ترد شهادة القاذف حتى يجلد، وقاله سَحنون.

وقال عبد الملك: بقذفه سقطت، وثبوت توبته؛ يوجب قبولها، وتقدم فيه قول ابن كنانة.

المازري: المعتبر في توبته ما تقدم في غيره، فإن كان قبل قذفه عدلاً صالحًا زكيًا؛ فتوبته بزيادة درجة في الصلاح عن ما كان عليه.

قُلتُ: هذا إن كان حده بقذفه جرأة، أو سبًّا، أو غضبًا، ولو كان في ذلك بانقلاب شهادته قذفًا؛ لرجوع أحد الثلاثة معه، أو اختلاله في وصف الزاني؛ فالأظهر عدم

رقم (2976) في الزهد.

اعتبار زيادة صلاحه.

وفي شرط توبته بإكذابه نفسه في قذفه نقل المازري عن القاضي إسماعيل كالشافعي، وقول مالك.

وفي سرقته: ما لو حد نصراني في قذف، ثم أسلم بالقرب؛ قبلت شهادته، فلم يقيدها الصقلي.

وقال الشَّيخ في مختصره عن سَحنون: يتوقف في شهادته حتى يعلم صلاحه، وقد تقدم هذا.

ابن الحاجب: وزوال العداوة كالفسق.

قُلتُ: لا أعرف هذا لغيره، وتقدم سماع أشهب في الرجلين يختصمان، ثم يشهد أحدهما على صاحبه بعد سنين.

قال: إن صار أمرهما إلى سلامة وصلح؛ فذلك جائز.

ابن رُشْد: صيرورة أمرهما إلى صلح هو أن يرجعا إلى ما كانا عليه قبل الخصومة، ومثله في سماع سَحنون، ونوازل أَصْبَغ، وفي إجزائها.

ابن الحاجب: على رفع الفسق نظر؛ لأن ثبوت عدالة الشاهد شرط في قبول شهادته ينظر القاضي في ثبوتها ضرورة، وهو مستلزم لرفع فسقه أو بقائه، وأما العداوة؛ فلا نظر للقاضي في رفعها؛ لأنها مانع يبديه المشهود عليه، فإن أثبتها، ثم شهد عليه بعد ذلك؛ احتمل النظر في تكليفه إثباتها ثانيًا؛ لاحتمال ارتفاعها، وعدمه؛ لاحتمال بقائها، والأظهر تخريجها على حكم من عدل في شهادة، ثم شهد شهادة أخرى هل تستصحب عدالته أو يستأنف إثباتها؟ وقد تقدمت.

وفي الرجم منها: إن علم بعد الجلد أو الرجم أن أحدهم عبد حد الشهود أجمعون

اللخمي: إن ثبت أن أحدهم عبد نقض الحكم، قاله مالك وأصحابه ولو قيل بمضيه؛ كان له وجه؛ بل هو أولى من إمضائه إن ثبتت جرحته؛ لأن شهادة الفاسق مردودة اتفاقًا، والعبد أجاز شهادته علي، وأنس، وشريح، وزرارة بن أبي أوفي، وابن سيرين، وأجازها الحسن، وإبراهيم في اليسير.

وحكى ابن القطان عن أحمد، وإسحاق، وأبي ثور، وداود: أنها تقبل في كل الأشياء كالحر.

وذكر ابن عبد السلام تخريج اللخمي، ورده بأن إدراك الحاكم حريَّة الشاهد تحصل له بعلم أو ظن قريب منه، والعدالة خفيَّة لا تدركها إلا بظن أضعف من ظن الحرية، فخطؤه في الحريَّة؛ كخطئه في أمر قطعي أو شبهه، فوجب نقضه وخطؤه في العدالة؛ كخطئه في أمر ظني؛ فلا يجب نقضه.

قُلتُ: هذا الذي تعقب به كلام اللخمي أشار إليه المازري فقال ما نصه: ليس الأمر كما تصور؛ لأن الأصول تقتضي أن الحكم الثاني إذا لم يقطع فيه بالإصابة؛ لم ينقض به الأول؛ كالغالط في القبلة يعيد في الوقت، والغالط في الوقت يعيد أبدًا؛ لأن الغلط في القبلة لا يؤمن من الغلط في الإعادة لأجله، كما لم يؤمن في أدائه، والغلط في الوقت؛ تعاد الصلاة لأجله أبدًا؛ لأن الإعادة فيه بتحقق دخول الوقت فيه لأمن الغلط فيه، والتعديل والتجريح أمر يعول فيه القاضي على الظن والاجتهاد غالبًا، فلا يأمن من الغلط فيه ثانيًا، والعبد مقطوع بكونه عبدًا؛ فلذا اتفق المذهب على نقض الحكم، وهو كنص ظهر بخلاف الاجتهاد.

قُلتُ: قوله (والعبد مقطوع بكونه عبدًا) فيه نظر، والصواب على مأخذه الذي قرره أن تقول، والحر مقطوع بكونه حرًا، فصار كدخول الوقت بعد الغلط فيه.

والعدل غير مقطوع بكونه عدلاً، فصار كجهة القبلة بعد الغلط فيها.

والروايات واضحة بأن ظهور كونهما صبيين أو أحدهما، ككونهما أو أحدهما كافرًا.

في الرجم منها: إن حكم بمال، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ حلف الطالب مع الباقي، فإن نكل؛ حلف المطلوب، واسترجع المال.

اللخمي: مختلف إن ثبت أنهما أو أحدهما مولى عليه، ففي كتاب ابن سَحنون ينقض الحكم، وهذا أبعد منه في العبد، وقد أجاز مالك وغيره من أصحابه شهادته ابتداء، وهو أحسن، ولو ظهر بعد الحكم بشهادته أنه مسخوط؛ ففي نقض حكمه نقلا

الشَّيخ عن ابن القاسم، وسَحنون في موضع مع أشهب محتجًا بقوله: قال مالك في بعض أقواله: المسخوط لوث يوجب القسامة، والعبد والنصراني ليسا بلوث.

اللخمي: إن ثبت تقدم جرحتها، فقال مالك في كتاب الشهادات: ينقض الحكم.

وقال في كتاب الحدود: يمضي، وبه أخذ سَحنون، وعلى هذا يجري ثبوت أن بينه وبين المشهود عليه عداوة، أو بينه وبين المشهود له قرابة.

وقال المازري إثر كلامه السابق: وهذا الذي أريناك هو التحقيق عندنا، فتجريه في القرابة والعداوة؛ وكون الشاهد مولى عليه، فموضع القطع بالغلط يجب به النقض، وموضع تجويز الغلط لا يجب النقض فيه، وهذا يمنع إجراء شيخنا الخلاف في القرابة من الخلاف في التجريح.

اللخمي: إن كانت القضيَّة على غائب، فقدم وطلب تجريح البينة بإسفاه، أو شرب خمر أو غيره؛ فقيل: له ذلك، ومنعه ابن الماجِشُون، إلا أن يثبت أنهم كفار، أو عبيد، أو مولى عليهم، والأول أحسن.

الشَّيخ: في المجموعة لأشهب: إن شهدت بينة عند قاض، ثم جنت أو جنت خطأ؛ لم ترد شهادتها، وإن أحدثت بعد أدائها قبل الحكم بها بعد تعديلها، أو قبل ما يمكن إسراره؛ كشرب خمر، أو زنا، أو سرقة؛ ردت شهادتها.

محمد: لأنه مما يظن أنه فعله قديمًا، وليس مما يعلنه، وإن كان مما لا يمكن إسراره، قال عبد الملك: كقتل على نائرة، أو قذف، أو قتال من شهد عليه؛ ففي ردها بذلك نقلا الشَّيخ عن مُطَرِّف مع أشهب قائلاً: لو تأكلت المشهود عليه قبل الحكم عليه؛ لم تبطل به شهادتها عليه، وعن ابن الماجِشُون.

قُلتُ: وعن ابن رُشْد في نوازل أَصْبَغ: الأول له، ولابن القاسم.

وسمع سَحنون ابن القاسم: من شهد وهو عدل، فلم يحكم الحاكم بشهادته حتى وقع بينه وبين المحكوم عليه خصومة؛ لم ترد بذلك شهادته، فلم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا.

وفي نوازل أَصْبَغ: من شهد لامرأة بشهادة عند القاضي فأثبتها، ولم يحكم بها حتى

تزوجها من شهد لها؛ لم ترد شهادته، وحكم لها بها.

ابن رُشْد: التهمة بالعداوة تحدث والظنة تقع، لا تؤثر في إجازة الشهادة إلا أن يعلم لذلك سبب قبل أدائها، كمن شهد لامرأة، ثم تزوجها، فشهد عليه أنه كان يخطبها قبل أن يشهد لها وشبه ذلك؛ فتبطل شهادته لذلك بدليل قول ابن القاسم في سماع حسين ابن عاصم فيمن شهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأة البتة إن تزوجها قبل أن يتزوجها، فشهد للمشهود عليه أن الشاهد؛ كان يخطب هذه المرأة قبل أن يتزوجها هو؛ أن شهادته باطلة.

ولأَصْبَغ: إن خاصم الشاهد المشهود عليه بعد الشهادة؛ لم تبطل شهادته إلا أن يقر أن ما يطالبه به كان قبل إيقاع الشهادة.

وفي أول سرقتها: إن ارتد الشهود، أو فسقوا قبل الحكم؛ لم يحكم بشهادتهم وسقطت، وإن ظهر منهم فسق، أو أخذوا يشربون خمرًا، وذلك بعد حكم الإمام بإقامة الحد أو القصاص، إلا أن ذلك لم يقم بعد، فإن ذلك ينفذ، ويقام الحد والقصاص، وكذا في الحقوق؛ لأنه حكم نفذ الأمر به، ومثله للشيخ عن ابن حبيب لابن القاسم، وأشهب، وقاله أَصْبَغ في حقوق العباد.

قال: وأما الحدود؛ فلا تنفذ.

وقال مُطَرِّف وابن حبيب: قال عن ابن الماجِشُون: من أشهد على شهادته قومًا أو سمعوها منه قبل ذلك، ثم عاداه، فشهد عليه بعد العداوة؛ فشهادته جائزة، كما لو قام بها عند السلطان، فوقعت في ديوانه قبل العداوة، وكذا كل ما أحدث مما لا يستتر به؛ كالقتل والقذف، وقول مُطَرِّف أحب إلي، ومن حكم بقول ابن الماجِشُون: لم يخطئ.

وفي المجموعة لابن الماجِشُون: من شهد على رجل بالبتة، وقبله الحاكم، فأحلف المشهود عليه، ثم فسق الشاهد، ثم شهد آخر مثل ما شهد به؛ لم يقبل الأول عليه؛ لأنه يوم تضم شهادته غير عدل.

وفي الرجم منها: إن حكم بشاهدين في المال، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته، حلف الطالب مع شهادة الباقي، ونفذ في الحكم، فإن نكل؛ حلف

المطلوب وأخذ المال، وإن شهد عليه بقطع يد رجل عمدًا، فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ لم يكن على متولي القطع شيء، وهذا من خطأ الإمام.

قال اللخمي: فيما يريد: إن لم يعلم الحر أن الذي معه عبد، واستشكل قولها: إنه من خطأ الإمام، ولم يقل: يحلف المقتضى له مع الشاهد الباقي، كما قال في المال؛ لأن قوله فيها: إن جراح العمد تثبت بالشاهد واليمين كالمال، ويجاب بأن المال يمكن رده، فكان المشهود له منتفعًا بيمينه؛ فصح حلفه، والقطع لا يمكن رده؛ فلا نفع للمشهود له بحلفه، فسقط، ويلزم عليه إن كان المشهود له من عاقلة الإمام أن يحلف؛ لأنه ينتفع برفع غرم ما يجب عليه مع العاقلة، فتسقط الدية بحلفه عنه وعنها، وفي المسألة اضطراب.

اللخمي عن ابن سَحنون: إن كان أحدهم عبدًا أو ذميًا، أو مولى عليه، فإن حلف المشهود له بالقطع مع الباقي، أو المقضي له بالقتل مع رجل من عصبته خمسين يمينًا، ثم الحكم له، ونفذ، وإن نكل في القطع، ولم يعلم أن شاهده عبد لظهور حريته، وحلف المقتص منه في اليد أن ما شهد به عليه الشاهد باطل، ونكل المحكوم له بالقتل عن القسامة؛ انتقض الحكم كأنه لم يكن.

قال أصحابنا: ولا غرم إلا على الشاهد إن جهل شهادة العبد أو الذمي.

وقال بعض أصحابنا: ذلك على عاقلة الإمام، وقيل: إنه هدر لا غرم على الحاكم، ولا على البينة، ولا على المحكوم له، ولا خطأ على الإمام؛ إنما خطأه لو أجاز شهادة من لا تجوز شهادته، وهو يرى أن ذلك جائز؛ كإجازته شهادة العبد والذمي لظنه إجازتها.

قُلتُ: القول بأنه هدر، عزاه الشَّيخ في نوادره لأشهب قال: ما أخطأ به من إجازة شهادة من لا تجوز شهادته؛ فهو هدر بعد أن قال: ما أخطأ به من حدود الله حملته عاقلته الثلث فصاعدًا، وما لزم عاقلته من ذلك؛ ودي معهم.

قال: وقال ابن الماجِشُون: العقل على الإمام دون من تجوز شهادته، وقال سَحنون: عقل اليد على المحكوم له إن لم يحلف مع الآخر.

قُلتُ: فالأقوال خمسة، وتعيين ناقلها وعزوها واضح.

وسادسها: نقل الشَّيخ عن ابن القاسم في أربعة شهدوا بزنا من يرجم في شهادتهم، ثم ظهر أن أحدهم عبد أو نصراني، أو ولد زنى، أو زوج، ولم يلاعن؛ الدية على عاقلة الإمام إلا أن يكون من بقي من الأربعة علموا أن رابعهم عبد، فتكون الدية في أموالهم، قاله في كتاب الرجم، وكتاب الأقضية قال فيه: ولا شيء على العبد.

زاد اللخمي: وقال ابن سَحنون: قيل: لا شيء على الحاكم، ولا على البينة إن لم يعلموا أن معهم عبدًا، أو ذميًا، أو علموا، أو جهلوا رد شهادتهم مع العبد، وإن تعمدوا أن معهم عبدًا، وأن شهادتهم معه لا تجوز؛ فالدية عليه، وإن علم العبد وحده أن شهادته لا تجوز، وجهل ذلك البينة؛ فكل الدية جناية في رقبته، وإن علمت البينة معه ذلك؛ فالدية على جميعهم أرباعًا، وهو قول أبي مصعب أن على العبد ربع الدية، وتقدم حكم ظهور خلل الشهادة بعد الحكم بها قبل نفوذه، ومن شهد بحق، وشهد به معه غير عدل؛ ففي وجوب إخبار العدل الحاكم بجرحة من شهد معه؛ رجوع سَحنون إليه عن قوله: لا يخبره قائلاً: لا فرق: ألا ترى أنه لو شهد معه عبد أو كافر، والحاكم يجهل ذلك؛ أن على العدل إخباره بذلك، قاله اللخمي.

وفي سرقتها: ما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية؛ فعلى عاقلته كالطبيب والمعلم والخاتن.

ابن القاسم: وأبى مالك أن يجيبنا في خطأ الإمام بشيء.

وفي رجمها: وإن أقر القاضي أنه جلد أو رجم أو قطع الأيدي تعمدًا للجور؛ أقيد منه، ونحوه في النوادر عن الواضحة لأَصْبَغ قائلاً: هذا قولنا، وقول جماعة العلماء، وإنه إن تعمد حدًا بقتل، أو قطع، أو جرح بغير حق، ولا شبهة يخطئ بها إلا تعمدًا للظلم؛ أقيد منه، وما أخطأ به في مال، وقد اجتهد؛ فلا شيء عليه منه بخلاف خطئه في الدم، وما دونه، وما تعمد من إتلاف مال بلا شبهة؛ ففي ماله يأخذ به المظلوم القاضي أو المحكوم له به.

ابن شاس: والعدد شرط في كل شهادة؛ فلا يثبت بشهادة واحد حكم أصلاً،

فاختصره ابن الحاجب بقوله: لا يثبت حكم بشهادة واحد منفردة، ونقض قوله بالقول بقبول القائف الواحد، والشاهد الواحد على تجويز بينة استحقاق ربع الربع، والقول بقبول شهادة المرأة الواحدة في الرضاع، وأجيب بأن القائف عند من قبله مخبر؛ ولذا الكشف وشاهد التجويز عن ما استأمنه عليه القاضي، وشهادة المرأة في الرضاع لابد فيها من زيادة عليها وهي الفشو.

وشرط بينة الزنا: كونها أربعة بنص التنزيل وحكم عمر.

المازري: ولا خلاف فيه.

اللخمي: هذا إن كانت بالإصابة طوعًا، وإن كانت على الإكراه؛ فكذلك على حد الرجل في الإكراه، والأصح في ذلك رجلان لما تستحقه المرأة من مهر على الواطئ، أو على مكرهه.

وفي شرط الشهادة على إقرار من أنكر إقراره بالزنا، ولا عذر له: يرجع به بأربعة، وصحتها باثنين قولان، وفي شرط حد من ثبت زناه.

وفيها: ووجه الشهادة في الزنا أن يأتي الأربعة الشهداء في وقت واحد يشهدون على وطء واحد، في موضع واحد بصفة واحدة بهذا تتم الشهادة، ومثله سمع عيسى ابن القاسم مع قوله: وبلغني ذلك عن مالك.

ابن رُشْد: وقيل: الشهادة تامة، وإن تفرق الشهود، ولم يأتوا معًا، وهو قول ابن الماجِشُون، وعليه يأتي قول ابن القاسم في سماع يحيى.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة: تجمع شهادة الأربعة، وإن أتوا مفترقين، ويحد المشهود عليه، ولا ينبغي للإمام تأخير حد من شهد قبل تمام الشهادة، فإن هو أخره حتى تمت الشهادة؛ حد المشهود عليه.

وقال أبو الفرج: لو سأل الثلاثة أن ينظرهم حتى يأتوا برابع كان معهم؛ وجب عليه إنظارهم، وجمعت الشهادة، وحد المشهود عليه، وهو أحسن.

ولا وجه لمبادرة حدهم، وهو ظلم عليهم.

قُلتُ: سماع يحيي هو قوله: سألته عن ثلاثة شهدوا أنهم رأوا رجلاً يزني، فحدوا،

ثم جاء رابع عدل زعم أنه كان معهم؛ إذ رأوه يزني، فقال: تقبل شهادتهم بعد الضرب، ويكونون عدولاً، وتشهر عدالتهم، ويعلم الناس أن سقط التجريح عنهم، وتمت شهادتهم بالرابع.

ابن رُشْد: هذا خلاف قوله في سماع عيسى، والذي يأتي على سماع عيسى: أن يحد الرابع، وهو قول محمد، ولو جاء الرابع على هذا السماع قبل حد الثلاثة؛ سقط حدهم، وحد المشهود عليه، ونص عليه ابن القاسم في الموازيَّة.

قُلتُ: وقال ابن حارث: اتفقوا على أنه إن شهد ثلاثة بزنا رجل، فحدوا للقذف، ثم أتى بعد ذلك أربعة شهدوا أنهم كانوا مع الثلاثة في ذلك المقام، رأوه يزني؛ أنه يحد المشهود عليه، وتسقط جرحة الثلاثة المحدودين قبل، وتظهر عدالتهم، واختلف إن لم يكن الجائي غير شاهد واحد، فصار رابع الثلاثة المحدودين.

فقال ابن القاسم في شهادات المستخرجة: يحد المشهود عليه، وينبغي للحاكم أن يظهر عدالة الشهود، ويسقط جرحتهم.

وقال ابن الماجِشُون: يحد الرابع، ولا يخرجهم من الجرحة إلا أربعة سواهم.

قُلتُ: هذا خلاف ظاهر ما حمل عليه ابن رُشْد سماع يحيى على ظاهره، من أن ضم شهادة الرابع إلى متقدم شهادة الثلاثة؛ إنما هو في رفع جرحتهم فقط دون حد المشهود عليه.

قُلتُ: ففي بطلان شهادة الأربعة بتفريقهم مطلقًا، فيحد كل منهم بنفس شهادته، ولا ترتفع جرحتهم بتمامهم، وصحتها مطلقًا، فيجب بسؤال الثلاثة إنظارهم؛ لإتيانهم برابع إنظار الحاكم إياهم لذلك.

ثالثها: وجوب تعجيل الحاكم حد من شهد منهم قبل تمامهم، فإن لم يعجله؛ صحت بتمامهم، وحد من شهدوا عليه.

ورابعها: إن حدوا قبل تمامهم، ثم تموا؛ صحت في رفع جرحتهم دون حد المشهود عليه.

وخامسها: فيهما لمشهور المذهب، واللخمي عن أبي الفرج مع ظاهر لفظ ابن

رُشْد عن ابن الماجِشُون، واللخمي عن أشهب، ولابن رُشْد عن فهمه سمَاع يحيى، وابن حارث عن ابن القاسم في العتبيَّة.

وسادسها: نقل الشَّيخ رواية ابن حبيب عن الأخوين: إن كان افتراقهم قريبًا بعضهم من بعض؛ جازت شهادتهم.

وفيها: ينبغي للقاضي أن يكشف الشهود بالزنا عن شهادتهم، كيف رأوه، وكيف صنع؟ فإن رأى في شهادتهم ما يبطلها أبطلها.

وللشيخ عن المجموعة: قال ابن القاسم: كل الشهود لا يفرقون، ولا يسألون إن كانوا عدولاً إلا في الزنا؛ فإنهم يفرقون ويسألون.

قُلتُ: في سرقتها: وإذا شهدت البينة في الحدود؛ لم يفرقهم الإمام، إذا كانوا عدولاً بينة عدالتهم، واختصرها أبو سعيد عدولاً مبرزين.

وسمع عيسى ابن القاسم في الشهادات: الشهادة في الزنا لا تجوز حتى يشهد أربعة في موضع واحد، ويوم واحد، وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة.

ابن رُشْد: ليس من شرطها تسمية الموضع، ولا اليوم، ولا الساعة؛ إنما شرطها عند ابن القاسم: أن لا تختلف الأربعة في ذلك، فإن قالوا: رأيناه معًا يزني بفلانة عاينا فرجه في فرجها؛ كالمرود في المكحلة؛ تمت شهادتهم، وإن قالوا: لا نذكر اليوم، ولا نحد الموضع.

وإن قالوا: في موضع كذا، في ساعة كذا، من يوم كذا كان أتم.

وإن اختلفوا في المواضع أو الأيام فقال بعضهم: كان ذلك في موضع كذا، وقال بعضهم: في موضع كذا، وقال بعضهم: بل كان في يوم كذا، وقال بعضهم: بل كان في يوم كذا؛ بطلت شهادتهم عند ابن القاسم، وجازت عند ابن الماجِشُون.

قال: لأنهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه؛ تمت شهادتهم، ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه، فيحتمل أنه يريد لا يلزمهم أن يسألهم عنه إن اتفقوا على أن رؤيتهم إياه؛ إنما كانت معًا بزنى واحد، ويحتمل أن يريد أنه لا يلزمه أن يسألهم عن ذلك بحال إذا شهدوا عنده، فقال كل واحد منهم: إنه رآه يزني كالمرود في المكحلة، ويكون مذهبه أن

الأفعال تلفق في الشهادة؛ كالأقوال والأول أبين.

الشَّيخ: روي محمد: لا تتم شهادتهم حتى يقولوا: كالمرود في المكحلة في البكر والثيب، فإن نفوا هذا؛ فهو النكال.

محمد: على المشهود عليه، وذلك إن لم يكن في شهادتهم أنه زنا، ولا ذكروا زنا، وإنما شهدوا على ما وصفوا.

ولعيسى عن ابن القاسم: إن شهد شاهدان أنهما رأياه مع امرأة تحت لحاف، أو رأيا رجليها على عنقه، أو ما هو دون الزنا؛ لم يكن عليهما شيء؛ لأنهما لم يقذفا، ويعاقب الرجل والمرأة، ولو قالا: رأيناه يزني بها؛ كالمرود في المكحلة؛ حدا ثمانين.

وفي الموازيَّة: إن قال أحدهم: زنا بها متكئة، وبعضهم مستلقية؛ بطلت الشهادة وحدوا للقذف.

قُلتُ: قول ابن رُشْد هو لفظ نقل الشَّيخ رواية محمد، ويجب حمله على الاكتفاء بمغيب الحشفة فقط كذلك.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن شهد أربعة بزنا رجل بامرأة شهد اثنان بأنها طاوعته، واثنان بأنه اغتصبها حد الأربعة، وسمعه أبو زيد إن شهد أربعة أنه زنا بامرأة، فأخذ الرجل، وهربت المرأة، فقال اثنان: رأيناه يزني بفلانة التي هربت، وقال الآخران: رأيناه يزني بامرأة، وشهادتهم معتدلة في موضع واحد، إلا أنهما لا يدريان أهي فلانة أو غيرها ولا يعرفان المرأة؟ حد الشهود؛ لأنهم قدفوا المرأة.

ابن رُشْد: يحدون للرجل؛ لسقوط شهادتهم بقذفهم المرأة التي شهدوا أنها زنا بها؛ إذ لم يعينها منهم إلا اثنان، ولو عينوها جميعًا، أو لم يعينها واحد منهم؛ جازت شهادتهم في الزنا، وحد الرجل، وحدت المرأة إن عينوها جميعًا، وإسقاط شهادتهم في الزنا بقذفهم للمرأة خلاف المشهور أن شهادة القاذف لا تسقط إلا بإقامة الحد، والآتي في المسألة على المشهور في ذلك أن تجوز شهادتهم على الرجل؛ فيحد، فإن كان الاثنان منهم قاذفين للمرأة التي شهدا أنه زنا بها وعرفاها فهربت، فإن أتت، وقامت بحدها عليهما؛ حدا لها، ومضت شهادتهما قبل في الزنا على الرجل، وإسقاط ابن القاسم في هذه

المسألة شهادتهما قبل في الزنا بمجرد قذفهما معًا مثله لأَصْبَغ وسَحنون وابن الماجِشُون.

وحمل بعض أهل النظر قوله: (يحد الشهود)؛ لأنهم قدفة للمرأة على ظاهره، وتعقب المسألة فقال: انظر قوله: يحد الشهود، ومن أصله أن لا يحد في القذف لغائب، وهم إذا لم يحدوا كيف يستجرحون؟ فتدبر ذلك، والمعنى في المسألة؛ إنما هو ما ذكرته.

قُلتُ: ما ذكره لبعض أهل النظر هو نص قول الشَّيخ في نوادره من عند نفسه، وشهرة الاحتجاج في حكم الشهادة في الزنا بحكم عمر ﷺ في نازلة المغيرة، يقتضي ذكر معرفتها.

قال الطبري: ما حاصل المحتاج لذكره أن المغيرة كان على البصرة واليًا، وله مشربة تقابل مشربة لأبي بكرة، لكل منهما كوة تقابل كوة الأخرى، فكان مع أبي بكرة في مشربته نافع بن كلدة، وشبل بن معبد، وزياد أخو أبي بكرة لأمه يتحدثون، فصفقت الريح باب كوته، فقام ليصفقها، فبصر بالمغيرة لفتح الريح باب كوة مشربته بين رجلي امرأة توسطها، فقال للنفر: قوموا انظروا واشهدوا، فنظروا فقالوا: من هذه؟ قال: أم جميل بنت الأفقم كانت تغشى المغيرة، وأشراف الأمراء، فلما تقدم المغيرة للصلاة منعه أبو بكرة، وبلغ الأمر عمر، فأشخصهم، وبعث أبا موسى واليًا على البصرة، فلما حضروه قال المغيرة: يا أمير المؤمنين سل هؤلاء الأعبد كيف رأوني، وهل عرفوا المرأة فإن كانوا مستقبلي فكيف لم أستتر؟ وإن كانوا مستدبري، فبأي شيء استحلوا النظر إلي على امرأتي؟ والله ما كانت إلا زوجتي، وهي تشبهها، فبدأ عمر بأبي بكرة، فشهد أنه رآه بين رجلي أم جميل، وهو يدخله ويخرجه كالميل في المكحلة، قال: كيف رأيتهما؟ قال: مستدبرهما، قال: كيف استبنت رأسها؟ قال: تحاملت حتى رأيتها، ثم شهد شبل ونافع كذلك، وشهد زياد بأن قال: رأيته بين رجلي امرأة، وقدماها مخضوبتان تخفقان، وأستين مكشوفتين، وسمعت حفزانًا شديدًا.

قال: هل رأيت كالميل في المكحلة؟ قال: لا قال: هل تعرف المرأة؟ قال: لا، ولكن أشبهها، قال له: تنح وأمر بالثلاثة؛ فجلدوا وتلا قوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ﴾ الآية [النور: 13]، فقال المغيرة: اشفني من الأعبد يا أمير المؤمنين، فقال له:

اسكت أسكت الله نأمتك، والله لو تمت الشهادة؛ لرميتك بأحجارك.

قال الجوهري: يقال: أسكت الله نأمته؛ أي: صوته.

قال الطبري: ورد عمر شهادتهم، ثم استتابهم، فتاب نافع وشبل، فقبل شهادتهما، واستتاب أبا بكرة فأبى، قال غيره: قال له: تب، وأقبل شهادتك، فأبى، وكرر شهادته، وإلى هذه الإباية أشار ابن التلمساني في مسألة الإجماع السكوتي في شرح المعالم بقوله كقول علي لعمر رضي الله عنهما لما رأى جلد أبي بكرة: إن جلدته، فارجم صاحبك، فكان شيخنا ابن عبد السلام يستشكل صحة الملازمة في قول علي مع قبوله عمر رضي الله عنهما، ويحكي استشكالها عن شيخه أبي الحسن البودري، وكانت له مشاركة حسنة في الأصلين، ولم يجيبا عنه بشيء، وكان يجري لنا جوابه بما أقوله، وهو أن القذف الموجب للحد قسمان: قذف صدر من قائله على وجه التنقص للمقذوف، وقذف طلب على وجه شهادة؛ لم تتم، وهو الواقع في النازلة، فلما كرر أبو بكرة شهادته، أراد عمر جلده للقذف بقوله هذا، فقال له علي: إن جلدته، فارجم صاحبك؛ أي: إن أردت جلده؛ لزم إرادتك ذلك رجم صاحبك؛ لأن إرادة جلده؛ إما أن يكون لسابق شهادته من حيث كونه أحد الثلاثة، أو لشهادته لا من حيث كونه أحد الثلاثة، فإن كان الأول لم يحد؛ لأنه قد حد لها، وإن كان لا من حيث كونه أحد الثلاثة؛ لزم كونه من حيث كونه زائدًا عليها، وكلما كان زائدًا عليها كان رابعًا، وكلما كان رابعًا؛ لزم تمام النصاب، فيجب حد المغيرة، وهذا التقرير يدل على صحة قول ابن الماجِشُون بصحة افتراق بينة الزنا في الأداء، وأن تمام النصاب لمن يجب قبوله، ولو بعد حد من لم يكمل النصاب به يوجب حد المشهود عليه، وتقدم ذكر الخلاف فيه.

وفي الشهادة بالزنا التزامًا لا نصًّا اختلاف في إجرائه بعض المتأخرين على الخلاف في كون دلالة الالتزام مهجورة في العلوم تكلف، وإن كان في بعض أبحاث المازري مثله، حسب ما نبهنا عليه في غير هذا الموضع.

اللخمي: في ثبوت زنا من ثبت زناه عند قاضٍ بأربعة شهداء بثبوت كتابه به بأربعة شهداء، أو باثنين فقط قولان لكتاب ابن سَحنون، ومحمد مع اختياره.

قُلتُ: واختاره ابن رُشْد، وجعله الجاري على قول ابن القاسم بثبوت حد من شهد عليه ثلاثة بالزنا مع نقل اثنين عن رابعهم.

قال: ومن قذف رجلاً، فأقام شهيدين يحده قاض في الزنا بأربعة شهداء في حده مع شهيديه ثالثها: القاذف فقط لرواية محمد معه، وأبي مصعب، ورواية ابن حبيب معه.

قائلاً: وكذا لو أقام القاذف أربعة شهدوا أن سيده إذ باعه تبرأ من زناه.

قُلتُ: يريد: كان عبدًا وعتق؛ إذ لا يباع حر، ولا يحد قاذف عبد، ولو شهد شاهدان على رجل بطلاقه امرأته معترفًا بوطئها، أو بعتقه أمته معترفًا بوطئها، أو بغصبه أمة معترفًا بوطئها؛ ففي حده قولان على القولين في حده بهما على إقراره بالزنا.

قُلتُ: الأصوب قولان على القول بحده بهما في إقراره بالزنا؛ لأنها على إقراره أقوى منها على غيره ملزومًا له ضرورة قوة دلالة المطابقة على دلالة الالتزام.

قال: ولأشهب في الموازيَّة: لا يحد السيد؛ لإمكان نسيانه العتق، ولو شهد أربعة بطلاقه، وهو مقر بالوطء؛ حد.

وروى علي بن زياد: من شهد عليه أربعة بطلاقه امرأته البتة، وأنهم رأوه يزني بها بعد ذلك، أو أقر بالمسيس؛ فرق بينهما، ولم يحد.

سَحنون: أصحابنا يأبون هذه الرواية، ويرون عليه الحد، ومحمل قول مالك على ما في الموازيَّة: أنه يحتمل أنه نسي، والنسيان يحسن إن كان الطلاق والعتق بيمين، ويبعد في غير اليمين، واختلف إن أنكر العتق والطلاق والإصابة، وشهد عليه شاهدان بذلك، فقال عبد الملك: لا تصح شهادتهما؛ لأني أجزتها حددتهما، وشهادة المحدود لا تجوز، وصارت المرأة زوجة بحالها والأمة رقًا، ولأن من قذف رجلاً بامرأته أو أمته؛ لم يكن قاذفًا.

محمد: وفيه اختلاف؛ لأن من قول ابن القاسم شهادة القاذف مقبولة حتى يحد؛ يريد: أنه يقضي بالطلاق والعتق، ثم ينظر في القذف، فقد يوجب عليهما الحد، أو يسقطه؛ لإقرار الآخرين أن الزوجة والملك باق بحاله.

ولأَصْبَغ في العتبيَّة: لا تجوز شهادتهما ويحدان.

محمد: ولو قال الزوج: طلقت وما أصبت، والسيد: أعتقت وما أصبت؛ حد الشاهدان.

وفيها: قيل: فإن شهدوا أربعة على رجل بالزنا، فقالوا: تعمدنا النظر إليهما؛ لنثبت الشهادة.

قال: كيف تشهد الشهود إلا هكذا، فناقضها ابن هارون بعدم إجازته في اختلاف الزوجين في عيوب الفرج، نظر النساء إليه ليشهدن بما رأين من ذلك، وكذا إذا اختلفا في الإصابة وهي بكر.

قال: تصدق، ولا ينظر النساء إليها، قال: والفرق بين ذلك مشكل.

وقال في كتاب الخيار: إن نظر المبتاع إلى فرج الأمة؛ فذلك رضي منه بها؛ إذ لا ينظر إليها النساء، أو من يحل له الوطء، فأجاز نظر النساء إليه، وأورده ابن عبد السلام وأجاب بقوله: إن طرق الحكم هنا منحصرة في الشهادة، ولا تقبل إلا بصفتها الخاصة، وطريق الحكم في تلك الصور غير منحصرة في الشهادة؛ بل لها غير ذلك من الوجوه التي ذكرها الفقهاء في محلها، فلا ينبغي أن يرتكب محرم، وهو النظر للفرج من غير ضرورة.

قُلتُ: يرد بأن صورة النقض؛ إنما هي إذا لم يمكن إثبات العيب إلا بالنظر، وكان يجري لنا الجواب بثلاثة أوجه:

الأول: أن الحد حق لله، وثبوت العيب حق لآدمي، وحق الله آكد لقولها فيمن سرق، وقطع يمين رجل عمدًا يقطع للسرقة، ويسقط القصاص.

الثاني: ما لأجله النظر؛ وهو الزنا محقق الوجود أو راجحه، وثبوت العيب محتمل على السوية.

الثالث: المنظور إليه في الزنا؛ إنما هو مغيب الحشفة، ولا يستلزم ذلك من الإحاطة بالنظر إلى الفرج ما يستلزمه النظر للعيب.

اللخمي: قوله: وكيف يشهد الشهود إلا هكذا؟ يريد: أن تعمد النظر لا يبطل

الشهادة لما كان المراد إقامة الحد، وهذا حسن فيمن كان معروفًا بالفساد، ومن لم يكن معروفًا به فيه نظر يصح أن يقال: لا يكشفون، ولا تحقق عليهم الشهادة؛ لأنهم لو تبين لهم ذلك؛ استحب لهم أن لا يبلغوا الشهادة، ويصح أن يقال: يكشفون عن تحقيق ذلك، فإن قذفه أحد بعد اليوم بلغوا الشهادة، فلم يحد القاذف والستر أولى؛ لأن مراعاة قذفه نادر.

قُلتُ: ولقولها: من قذف وهو يعلم أنه زنا حلال له القيام بحد من قذفه.

المازري: تعمد نظر البينة لفعل الزاني، ظاهر المذهب أنه غير ممنوع؛ لأنه لا تصح الشهادة إلا به، ونظرة الفجأة لا يكاد يحصل بها ما تتم به الشهادة، ومنع بعض الناس النظر للعورة في ذلك لما نبه الشرع عليه من استحسان الستر.

وقال الشَّيخ عز الدين ابن عبد السلام في قواعده: إنما يجوز للشهود أن ينظروا من ذلك ما يحصل وجوب الحد، وهو مغيب الحشفة فقط، والنظر الزائد على ذلك حرام.

قُلتُ: وهذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين إتمام ما قصداه، أو ابتدءاه من الفعل، ولو قدروا على ذلك بفعل أو قول، فلم يفعلا؛ بطلت شهادتهما لعصيانهما بعدم تغيير هذا المنكر، إلا أن يكون فعلهما بحيث لا يمنعه التغيير لسرعتهما.

وروى محمد: معها الشهادة في اللواط كالزنا.

وفيها: قال مالك في الشهود في الزنا: ينبغي للإمام أن يسألهم عن شهادتهم.

قال ابن القاسم: كيف رآه وكيف صنع؟ فإن كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه.

وفيها: وينبغي أن يكون سؤاله إياهم سرًا لا في جمع من الناس.

محمد: إن غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة، أو ماتوا أقاموا الحد بشهادتهم.

اللخمي: يريد: إن كانوا من أهل العلم بموجب الحد؛ إذ قد يرونه عليها، فيشهدون بالزنا، وهو لا يوجب الحد.

قُلتُ: وهو قول التونسي في كتاب السرقة إثر نقله قول محمد، قال: وفيه نظر إلا أن يكونوا من أهل العلم، ولا يخفى عليهم ما يجب به الحد.

ابن الحاجب: وينبغي للحاكم أن يسألهم.

وفي السرقة: ما هي وكيف أخذها ومن أين وإلى أين؟ وقال سَحنون: إن كان ممن يجهل.

قُلتُ: قول سَحنون إنما نقله الصقلي وغيره عنه في السرقة.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: ينبغي أن يكشفوا، وإن كانوا لا يجهلون؛ إذ قد يكون رأي الحاكم فيه نفي القطع أو ثبوته، ورأيه خلاف رأيهم.

قُلتُ: سياق كلام سَحنون أنه إنما يقوله حيث يكون الحاكم، والشهود أهل مذهب واحد، وقول ابن عبد السلام: رأى بعض الشُيُوخ أن غيبة أربعة منهم لا تمنع سؤال من حضر؛ لاحتمال أن يذكر الحاضرون إذا سئلوا ما يوجب الوقف عن شهادة الحاضرين والغائبين جميعًا لا أعرف هذا البعض من الشُيُوخ في كلامه، وسقوط تعليله واضح؛ لنقل الصقلي عن محمد ما نصه: إن كان الشهود أكثر من أربعة، فغاب منهم أربعة بعد أن شهدوا لم يسأل من حضر ولم يكشف، وكان الحد ثابتًا؛ لأن من حضر لو رجع عن شهادته؛ كان الحد ثابتًا بمن غاب، وكذا لو كانوا غابوا كلهم؛ فرجع بعضهم، وبقي أربعة؛ لم يسقط الحد.

قُلتُ: فإذا كان تصريح من زاد على الأربعة بالرجوع لا يقدح في شهادة الأربعة، كيف يقبل قوله؛ لاحتمال أن يذكر الحاضرون ما يوجب الوقف عن شهادة الحاضرين والغائبين فتأمله منصفًا، وتقدم الخلاف في شهادة الاثنين في الإقرار.

ومتعلق الشهادة بالذات محكومًا به إن لم يكن مالاً، ولا زنا، ولا قرينه، ولا مختصًا باطلاع النساء، فشرط شهادته اثنان رجلان.

ابن شاس: المرتبة الثانية ما عدا الزنا مما ليس بمال، ولا يؤول إليه، كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعتق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، والعدة، والجرح، والتعديل، والعفو عن القصاص، وثبوته في النفس، والأطراف على خلاف فيهما، والنسب، والموت، والكتابة، والتدبير، وشبه ذلك، وكذا الوكالة والوصيَّة عند أشهب وعبد الملك، شرط كل ذلك العدد والذكورية، فاختصره ابن الحاجب، ولم يذكر في القصاص خلافًا، وتمام ذلك في فصل الشاهد واليمين.

قال ابن عبد السلام: عرف هذه المرتبة بقيدين عدميين ما ليس بزنا ولا مال، ولا ينقض تعريفه بدخول بعض ما في المرتبة الرابعة؛ كالولادة وعيوب النساء؛ لأن المقسوم عنده؛ إنما هو مراتب البينة، ولا مدخل لما نقض به فيها.

قُلتُ: يرد بعدم اقتصاره على كونها قسمًا من مراتب البينة؛ لقوله إثر تمام عدها وشرطها اثنان ذكران، فإن سلم اندراج ما ذكر به النقض تحت لفظ منه كذب فيه قوله: شرطه اثنان ذكران، والأظهر جعل قوله: كالنكاح إلخ؛ تفسيرًا لقوله: ما ليس زنا ولاء آئلاً عليه، وعد المازري في هذا النوع الإحلال، والإحصان، والإيلاء، والظهار، وتقدم عد ابن شاس فيه العدة.

قال المازري: يشهد بانقضائها أو ثبوتها، قال: وحد الخمر، والسرقة، والقذف، وعد فيها الرجعة؛ كالمعونة، ولم يذكرا فيها خلافًا.

وقال ابن حارث: اختلف في شهادتهن في الارتجاع، فسمع أشهب لا تجوز، وقال ابن نافع في غير المستخرجة: هي جائزة فيه، وما متعلقه مال أو آئل إليه تتم فيه برجل وامرأتين.

فيها: لا تجوز شهادة النساء في الحدود، والقصاص، والطلاق، والنكاح، والنسب، والولاء.

قال مالك: لا تجوز إلا حيث ذكر الله في الدين، وما لا يطلع عليه إلا هن، ويحلف الطالب مع شهادة امرأتين في الأموال، ويقضى له.

وفي شفعتها: وتجوز شهادتهن على أخذ الشفعة أو تسليمها، أو على أنه شفيع، وعلى إقرار المبتاع أن فلانًا شفيع هذه الدار.

الشَّيخ في الموازيَّة: تجوز شهادتهن في المال، ولو كثر، وكذا في الوكالة على المال في رواية ابن القاسم، وقوله وقول ابن وَهْب، وقال أشهب وعبد الملك: لا تجوز فيها.

الشَّيخ عن ابن وَهْب: قال ابن الماجِشُون: لم يقل مالك، ولا أحد من علمائنا بجواز شهادتهن على الوكالة في المال، ولا على إشهاد الوصايا.

وروى ابن عبدوس في الموصي برقبة معينة، أو مبهمة لعتق: أن شهادة رجل

وامرأتين في ذلك جائزة، كما لو شهدوا أنه قال: بيعوا عبدي فلانًا رقبة.

وفي الموازيَّة: إن شهدن مع رجل أنه أوصى بشراء رقبة بخمسين فتعتق؛ لم يجز؛ لأنه إذا اشترى؛ لم يعتق بشهادتهن، وإن كان عبد فلان؛ جازت على شرائه، وزيادة ثلث ثمنه لربه إن لم يسم ثمنًا، ولا يعتق بقولهم.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: لا تجوز شهادتهن مع رجل على وصيَّة بثلث للمساكين، كما لا تجوز فيه يمين.

وسمع سَحنون ابن القاسم: لا تجوز شهادتهن في جراح العمد، وتجوز في الخطأ جراحه وقتله.

سَحنون: هي في جراح العمد جائزة، وأصل قولنا ما جاز فيه اليمين مع الشاهد؛ جازت فيه شهادتهن، وما سقط فيه اليمين مع الشاهد؛ سقطت فيه، فلما جاز الشاهد واليمين في جراح العمد؛ جازت شهادة النساء فيه.

وقاله ابن الماجِشُون: ولو شهدت امرأتان ورجل بوصيَّة للمساكين؛ لم تجز الوصية؛ لأنه ليس فيها يمين مع الشاهد.

ابن رُشْد: هذا الأصل الذي التزمه سَحنون وابن الماجِشُون، لم يقله ابن القاسم؛ لأنه لم تجز في هذه الرواية شهادة امرأتين في جراح العمد؛ ويجيز القصاص فيها بالشاهد واليمين، واختلف قوله في إجازة شهادتهن في ذلك.

وقع في المجموعة، وكتاب ابن سَحنون اختلاف قوله في ذلك، والذي رجع إليه سقوطها، فيحتمل أن يكون إجازته إياها، ومنعه على القولين في إجازة الشاهد واليمين فيها، ومنع ابن الماجِشُون في الوصيَّة للمساكين إغراق في طرد أصله ويبعد، وليس بثابت في جميع الروايات، والصواب إجازتها على أصله؛ لأن اليمين مع الشاهد إنما سقط؛ لأن رب الحق غير معين، لا لأن الوصيَّة بالمال، لا تستحق باليمين مع الشاهد، فمذهب سَحنون وابن الماجِشُون ملازمة جواز الشاهد واليمين؛ لجواز شهادة النساء، وتلازمهما في السقوط، وعلى مشهور قول ابن القاسم ما جاز فيه الشاهد واليمين؛ جازت فيه شهادة النساء، ولا ينعكس ما يجوز فيه شهادتهن أعم وأكثر مما يجوز فيه

الشهادة واليمين؛ لأن شهادة النساء تجوز عنده على الوكالة في المال، وعلى شهادة الشاهد بالمال، ولا يجوز فيها الشاهد واليمين، وإذا قلنا على مذهبه في هذه الرواية أنه يجيز القصاص باليمين مع الشاهد، ولا يجيز شهادة النساء في ذلك؛ فليس أيضًا كل ما تجوز فيه اليمين مع الشاهد؛ تجوز فيه شهادة النساء، فعلى هذا من الأشياء ما يجوز فيه الأمران، ومنها ما لا يجوز فيه واحد منهما، ومنهما ما يجوز فيه أحدهما دون الآخر وعكسه.

الشَّيخ في المجموعة: لأشهب: تجوز شهادتهن في كل عمد لا قود فيه، وإن انفردن حلف المجروح، ووجبت له ديته.

الباجي: إن شهد رجل وامرأتان أن الزوج اشترى زوجته من سيدها؛ ثبت الشراء، ولا يفسخ النكاح، وإن كانت شهادة النساء لا تجوز في الطلاق.

سَحنون عن عبد الملك: إنما الشهادة في مال جر إلى الفراق.

سَحنون: وكذا شهادتهن فيمن غر بحريَّة أنه مملوك لفلان، يحلف معهن، ويرق له، ويبطل حد من قذفه.

ابن الماجِشُون: ولو شهدن على أداء كتابة مكاتب؛ حلف وتم عتقه، ولو شهدن مع رجل فيمن حلف بطلاق، أو عتق على أداء حق إلى أجل بعد انقضائه؛ سقط الحق.

وفي سقوط حنثه عنه: روايتا اللخمي.

وفي الولاء منها: من مات وترك ابنتين، فادعى رجل أنه مولاه أعتقه، وأقرت البنتان أنه مولاه، وهما عدلتان؛ حلف معهما، وورث الثلث الباقي، إن لم يأت أحد بأقل من ذلك من ولاء، ولا عصبة، ولا نسب معروف، ولا يستحق بذلك الولاء.

وقال غيره: لا يحلف مع إقرارهما ولا يرث الثلث الباقي؛ لأنهما شهدتا على عتق، وشهادتهما فيه لا تجوز.

قُلتُ: فحاصله أنها في المال غير آيل إليه جائزة اتفاقًا، فإن آلت إليه؛ ففي إعمالها فيما آلت إليه متقدم قول سَحنون في الغار بالحريَّة مع متقدم قول ابن الماجِشُون في أداء الكتابة، وإحدى الروايتين.

وفي [illegible] الحالف على الأداء لأجل وآخراهما: وفي غيره: إن لم تؤل إليه؛ لا تجوز اتفاقًا، إلا في الارتجاع عند ابن نافع خلاف قول ابن رُشْد في رسم الأقضية.

الثالث من سماع أشهب: لا يجوز في الارتجاع اتفاقًا، وإن آل إليه؛ ففي قبولها وردها قولا ابن القاسم وسَحنون مع أشهب وابن الماجِشُون، وقولها في مسألة البنتين ثالث؛ لأنه قبلها في المال دون سببه، وهو الولاء، وقبلها في الوكالة على المال، وليست نفسه.

الشَّيخ لأشهب في سماع عبد الملك: إن شهدت امرأتان على امرأة بضربها بطن امرأة، فألقت مضغة؛ حلفت معها، واستحقت الغرة، ولا كفارة على الضاربة.

ولم يزد فيها ابن رُشْد في معنى الشهادة شيئًا.

وفي الأيمان بالطلاق منها: إلا في الأموال، وفيما يغيب عليه النساء من الولادة والاستهلال والعيوب، ومثله في كتاب ابن سَحنون، وذكر فيه الحيضة والعذرة، والسقط قائلاً: لا يجوز في ذلك أقل من امرأتين.

الشَّيخ عن الأخوين، وابن عبد الحكم، وأَصْبَغ: لو شهدت امرأة ورجل باستهلال صبي؛ لم تجز شهادتهما.

ابن حبيب: حضور الرجل أبطل شهادة المرأة، والرجل الواحد لا تجوز.

قُلتُ: زاد المازري ما نصه: وذكر ابن حبيب عمن يرضاه من أهل العلم أنه قبل شهادة المرأة مع الرجل، واختار ابن حبيب هذا المذهب.

قال: لأن المرأة لو انضاف إليها امرأة؛ قبلت الشهادة اتفاقًا، فانضياف الرجل إليها أقوى لما ثبت في الشرع أن شهادة المرأة كنصف شهادة الرجل.

اللخمي: تجوز شهادتهن على الولادة مع وجود الولد أن هذه ولدته، فإن لم يكن موجودًا؛ ففي جوازها قولا ابن القاسم وسَحنون، وأرى إن كانت المناكرة بقرب الولادة أن لا تجوز، وإن كانت بعد طول القدوم من أنكرها، أو كانت الأم مقرة، ثم أنكرت أن تجوز.

وفي صحة شهادتهن على أن الولد ذكر [illegible] ثالثها: إن كان مستحق التعصيب بيت

المال أو البعيد من العشيرة، وتعذر إخراجه من قبره؛ لتغيره بطول إقباره.

اللخمي عن ابن القاسم قائلاً: ويحلف المشهود له معهن، وأشهب على أصله في لغوها على غير مال يستحق به مال وأَصْبَغ.

قُلتُ: سمعه أَصْبَغ: تجوز شهادتهن باستهلال الولد، قيل: وبأنه غلام، قال: نعم مع يمينه.

أَصْبَغ: قال لي ابن القاسم: والقياس ألاتجوز؛ لأنه يصير نسبًا قبل ألا يصير مالاً.

وفيها: إن مات؛ فبأي شيء يرث ويورث، قال: بأدنى المنزلتين، إلا أن يكون لا يبقى، ويخاف عليه الحوالة إن حبس، إلى أن يوجد رجال يشهدون على رؤيته؛ فتجوز شهادتهن حينئذ.

ابن القاسم: وكذا المرأة تلد، ثم تهلك هي وولدها في ساعة؛ يحلف أبو الصبي أو ورثته مع شهادتهن أن الأم ماتت قبله، فيستحقون إرثه من أمه؛ لأنه مال، قال: إنما تجوز شهادتهن على الولادة والاستهلال إن كان البدن قائمًا، ورأى الناس أن قد كمل جسده، وكذا شهادتهن في القتل.

ابن رُشْد: إجازة ابن القاسم شهادة امرأتين على استهلال الصبي، وعلى أنه غلام مع اليمين؛ يدل على صحتها على الاستهلال، ولو فات البدن؛ إذ لو كان حاضرًا؛ لاستغني عن شهادة النساء فيه أنه غلام بنظر الرجال إليه، وكذا قتل الخطأ لا يشترط في صحة شهادة النساء فيه حضور البدن على مذهبه.

قال في المدَوَّنة: لأنه مال شهادتهن في المال جائزة، خلاف قول ربيعة وسَحنون في المدَوَّنة: إنها لا تجوز في الاستهلال والخطأ إلا مع حضور البدن، فعلى قولهما؛ لا تجوز في أنه ذكر أو أنثى، وهي رواية مُطَرِّف وأشهب، وقول ابن هرمز: وهو القياس على ما قاله ابن القاسم هنا، فإذا جوز شهادتهن مع مغيب البدن آل ذلك إلى جوازها في غير المال من الموت الذي يقطع العصمة بينه وبين أزواجه، فيكون لهن أن يتزوجن، وقد يكون له أمهات أولاد ومدبرون، فيعتقون، وقد يوصي بعتق وتزويج بناته، قول إجازة شهادتهن في قتل الخطأ إذا لم يعرف الموت بحضور البدن ميتًا إلى أن تجوز شهادتهن في

ذلك كله، وشهادتهن في غير المال لا تجوز، ففي ذلك من قول ابن القاسم نظر، وهو استحسان، والقياس قول سَحنون وربيعة: لا تجوز إلا في صفة القتل إن لم يعرف الموت، وكذا الشاهد الواحد في قتل الخطأ.

وأما شهادة النساء في المرأة تلد ثم تهلك هي وولدها في ساعة على أيهما مات أولاً؛ فجائزة اتفاقًا؛ لأنها على ما لا يتعدى إلى غير المال.

قُلتُ: قوله: (اتفاقًا) خلاف ما يأتي لابن حاجب.

وصفة شهادتهن في العيوب: قال اللخمي: أما عيب فرج الحرة يدعيه الزوج؛ ليرد به؛ فينظرها النساء.

سَحنون: أصحابنا يصدقونها، وأرى أن ينظرها النساء؛ لأنها تتهم، وإن كان العيب بغير الفرج؛ ففي شق الثوب عن محله؛ ليراه الرجال والاكتفاء فيه بشهادة النساء قولان لغير أَصْبَغ، وله، وعزاهما المازري لغير الموازيَّة ولها.

قُلتُ: وهو ظاهر الأيمان بالطلاق من المدَوَّنة.

اللخمي: وأما الإماء، فإن كان العيب بالفرج، ولا يعلمه إلا النساء، فإن كانت شهادتهن عن فائت؛ لأن الأمة ماتت أو غابت، أو كان القائم بعيبها هو الآتي بهن ليشهدن له؛ لم يقبل فيه أقل من امرأتين، ولا يمين عليه، وإن كان الحاكم هو الباعث في كشف ذلك؛ كان في قبول امرأة واحدة في ذلك قولان.

ولا يقبل اليوم أقل من امرأتين؛ لضعف العدالة.

وإن كان العيب مما يعلمه الرجل؛ كالبكارة، يقول: وجدتها ثيبًا، وكذبه البائع، ولم يبعث الحاكم في ذلك؛ لم يقبل فيه أقل من امرأتين.

واختلف في اليمين، قال: وأجاز محمد في المرأة تدعي أن زوجها بنى بها، وأرخى الستر؛ شهادة امرأتين ويمينًا لما كان ذلك مما لا يطلع عليه إلا النساء، والزوج يدعي المعرفة، وقيل في هذا الأصل: لا يمين عليها، والمرأتان كالرجلين.

قُلتُ: في النوادر: روى محمد: تجوز شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال بغير يمين من ولادة، وحمل، وعيب فرج، واستهلال، وإن شهدت امرأتان على إرخاء ستر؛

لم يقض للزوجة إلا بيمينها

قُلتُ: قوله أولا: تجوز دون يمين فيما لا يطلع عليه النساء مع إيجابه اليمين في إرخاء الستر يدل على أن إرخاء الستر لا يختص به النساء، وهو خلاف قول اللخمي، ونحوه قول المازري إثر نقله اليمين في مسألة الستر: أشار بعض أشياخي إلى أنه اختلف في هذا الأصل في اليمين فيه مع شهادة امرأتين لأجل إرخاء الستر، وزق الزوجة على الزوج، ولا يحضره غالبًا إلا النساء، ويندرج تحت شهادتهن بذلك أحكام أخرى، والإحصان، والإحلال، وغيرهما مما يتكلم عليه في موضعه.

قُلتُ: تقدم في مسائل إرخاء الستور أن سبب الخلاف في لزوم يمين الزوجيَّة مع ثبوت إرخاء الستر؛ إنما هو بناء على أن دلالة الحالة العرفيَّة على ثبوت أمر كدلالة شهيدين أو شاهد واحد سواء؛ كان ثبوت إرخاء الستر بشهادة النساء، أو شهادة رجلين، وكذا دلالة الشواهد في البناء، والوصف في اللقطة، ونحو ذلك.

قال ابن الحاجب: الرابعة: ما لا يظهر للرجال؛ كالولادة وعيوب النساء، والاستهلال، والحيض؛ فيثبت بأمرين، ويثبت الميراث، والنسب له وعليه، فلم يتعرض ابن عبد السلام لشرح قوله: (ويثبت الميراث والنسب له وعليه)، وقرره ابن هارون بقوله: مثل أن تشهد امرأتان بولادة أمة أقر السيد بوطئها، وأنكر الولادة؛ فإن نسب الولد لاحق به، وكذا موارثته إياه له وعليه.

[باب فيما تصير به الأمة أم ولد]

قُلتُ: نحو ما قرر به كلامه، قولها في أواخر أمهات الأولاد: وإن ادعت الأمة أنها ولدت من سيدها، فأنكر؛ لم أحلفه لها إلا إن يقيم رجلين على إقرار السيد بالوطء، وامرأتين على الولادة؛ فتصير أم ولد، ويثبت نسب الولد إن كان معها وتلد، إلا أن يدعي السيد استبراءً بعد الوطء، فيكون ذلك له، هذا نص في جواز شهادتهن فيما لا تجوز فيه شهادتهن إذا كان لازمًا لما تجوز فيه شهادتهن، وتقدم نحوه، وهو في

الموطأ وغيره[1].

قال ابن الحاجب: (وفي قبولها بأنه ابن فلان قولان).

قال ابن هارون: معناه: إذا كان المقصود من الشهادة استحقاق المال فقط، كما لو شهدتا فيمن مات أن هذا ابنه، لا وارث له في علمها غيره، فقول ابن القاسم: يحلف الولد، ويرث كشاهد له بذلك، ولا يثبت له نسب، وعلى قول أشهب لا يرث شيئًا؛ لأنه إنما يثبت بالنسب، والنسب لا يثبت بشهادتهما.

قُلتُ: قال اللخمي في أوائل ترجمة شهادة النساء: اختلف في شهادتهن في ما ليس بمال، ويستحق به مال، فإن شهد رجل وامرأتان في ميت بنسبه أن هذا ابنه، أو أخوه ولا وارث له ثابت النسب؛ صحت الشهادة على قول ابن القاسم، وثبت له الميراث، ولم يجز على قول أشهب؛ لأنه قال: لا يستحق الميراث إلا بعد ثبوت الأصل بشهادة رجلين، فإن ثبت ذلك، ثم شهد واحد أنه لا يعلم له وارثًا سوى هذا؛ جازت، واستحق المال.

وقال ابن عبد السلام: هذا كلام مشكل، ولعله يرجع إلى الخلاف في الذكورة والأنوثة.

قُلتُ: الأظهر تفسيره بما تقدم للخمي، وإن كان ظاهره مخالفًا لظاهر الوارد في الروايات في آخر سماع أشهب من رسم الأقضية الثالث؛ لأنه لا تجوز شهادة النساء في الأنساب، ومثله في النوادر.

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ في المدَوَّنة وغيرها: تصير أم ولد بإقرار السيد بوطئه إياها الناشئ عنه حملها.

(فإن قلت): قد وقع فيها إذا أقر بالوطء، وادعى الاستبراء بعده بحيضة، ونفى الولد صدق، ولا يلزمه ما أتت به من ذلك لأكثر من ستة أشهر أو لستة.

(قُلتُ): هذا صحيح، ولعله يخرج بقوله الناشئ عنه حملها، واللخمي: هنا استشكل أن الاستبراء بحيضة ينفي الولد؛ لأن الحامل تحيض، فإن قال: أنا وطئت ولم أنزل؛ لزمه ما أتت به كذا ذكروه هنا، والله أعلم، وبه التوفيق.

زاد الشَّيخ عن ابن الماجِشُون: تجوز في الميراث إن ثبت النسب بغيرهن، كما تجوز في قتل الخطأ إن ثبت الموت بغيرهن، وإذا اختصم في تعدد الولاء لمن ورثوه عنه؛ جاز في ذلك شهادتهن، أو شاهد ويمين، وإن لم يثبت الولاء بغيرهن؛ لم تجز.

ولابن سَحنون عنه: يجوز في الوارثة شاهد ويمين وشهادة النساء؛ لأنها على مال؛ لأن النسب يثبت بغيرهن.

ومثله قولها في الشهادات: تجوز شهادتهن في الموارثة إن ثبت النسب بغيرهن؛ لأنها في مال.

وفي السرقة منها: إن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة؛ لم يقطع، وضمن قيمة ذلك، ولا يمين على صاحب المتاع.

قال ابن الحاجب: وكذا قتل عبد عمدًا، ويثبت المال دون القصاص.

قُلتُ: هذا كنقل الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: ويقضى بشاهد ويمين في قتل العبد، ويستحق قيمته من الحر، ورقبة العبد القاتل، إلا أن يفديه سيده بقيمة المقتول، ولا يقتص من العبد بذلك.

الشَّيخ عن سَحنون: كل ما جاز فيه شاهد ويمين؛ جازت فيه شهادة النساء.

اللخمي: ومن الشهادة ما ليس بمال، ويستحق به مال أن يشهد رجل وامرأتان بنكاح بعد موت الزوج أو الزوجة، أو على ميت أن فلانًا أعتقه، أو على نسب أن هذا ابن الميت أو أخوه؛ فالشهادة على قول ابن القاسم صحيحة، وعلى قول أشهب؛ لا تجوز، وتقدم الكلام في شهادتهن؛ لتقدم موت أحد الوارثين على الآخر.

وقول ابن رُشْد: تجوز فيه شهادتهن اتفاقًا.

وقال ابن الحاجب: في ثبوت الميراث بذلك قولان لابن القاسم وأشهب.

وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، ولا أعرف من نقله عن أشهب نصًّا، ولا يبعد إجراؤه على أصله، وأخذه من قول اللخمي: واختلف في شهادتهن على التاريخ على الاختلاف فيما ليس بمال، ويستحق به مال نظر، ويقرب أخذه من قوله فيما يستحق به مال، ومنعه عبد الملك وسَحنون، وقالا: كل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين؛ لا تجوز فيه

شهادة النساء.

وفي وصاياها: الأصل: إن شهدت امرأتان مع رجل على موت ميت، فإن لم يكن له زوجة ولا أوصى بعتق ونحوه، وليس إلا قسمة التركة؛ فشهادتهن جائزة، وقال غيره: لا تجوز، وتقدم نحوه في شهادتها، قال غير واحد: إبطاله شهادتهن بالموت إن كان للميت زوجة، أو وصيَّة بشيء مما ذكر، خلاف قوله في الشهادات: إن شهد شاهد بوصيَّة فيها عتق ووصايا لقوم؛ ردت في العتق، وجازت في الوصايا لقوم، فإن ضاق الثلث؛ فإنما لهم منه ما فضل عن العتق، وإنما تبطل كلها أن لو شهد لنفسه فيها، وكان بعض من لقيناه يشير إلى ما يفرق به بينهما، وهو أن الوصيَّة بالعتق والمال ارتباطهما في الشهادة بهما ارتباط اتفاقي، كارتباط كون الإنسان ناطقًا بكون الفرس صاهلاً، وكارتباط كون الأخت مع البنت عاصبة بكون الأب مع الولد الذكر غير عاصب، لا لزومي كقولنا: كل ما كان هذا إنسانًا كان حيوانًا، وكلما كان هذا الحر مالكًا نصابًا من العين لا دين عليه؛ كان مخاطبا بزكاته؛ لصحة تعلق شهادتهن بأحدهما دون الآخر على تقدير وجودهما في الواقع، وارتباط إرث المال، وتنفيذ العتق الموصى به بغير شهادة في الشهادة بالموت؛ ارتباط لزومي؛ إذ لا يصح إيجاب الموت أحدهما دون الآخر على تقدير وجودهما في الواقع بحال، ولا يلزم من صحة التفريق بين مرتبطين ارتباطًا اتفاقيًا لعارض صحته في المرتبطين ارتباطًا لزوميًا، وإلا لما كان فرق بين اللزوميَّة والاتفاقية؛ ولذا لم يطرد عندهم قياس اقتراني من الاتفاقيات، بخلاف اللزوميات.

قال أبو ابراهيم وأبو الحسن الصغير: يقوم من قولها مثل قول ابن الماجِشُون في الواضحة في عدل شهد أن فلانًا قتل فلانًا، ونحن في سفر، فمات مقعصًا ودفناه أنه لا قسامة فيه بالشاهد العدل، قال: وإنما تكون القسامة إذا كان الموت معروفًا، أريت لو جعلنا القسامة بشهادته على القتل، فأقسم الولاة، وقتلوا أتعتق أم ولده ومدبرته، ويفرق بينه وبين زوجته بالشاهد الواحد؟ هذا لا يكون.

قال أَصْبَغ: يستأني السلطان في ذلك، فإن جاء ما هو أثبت من هذا؛ وإلا حكم بالقسامة مع الشاهد وبموته، وتعتد زوجته، وتعتق أم ولده، وينكحن، وقيل: يقسم

ولاته، ويقتل قاتله، ولا يموت في زوجته ورقيقه، وهو ضعيف.

قُلتُ: ما أقاماه من قولها؛ يرد بأنه لا يلزم من إلغاء شهادتهن بالموت الموجب إعمالها في عتق، ونحوه إلغاء شهادة العدل بالموت الموجب إعمال شهادته فيما لا تجوز فيه من رفع العصمة والعتق؛ لأن ما أعملت فيه شهادته، وهو الموت هو مما يثبت شهادته؛ فلا يمنع إعماله فيه كونه موجبًا لما لا تعمل فيه شهادته؛ لأنه حينئذ كشهادة النساء بما تجوز فيها شهادتهن، وهو يؤدي إلى ما لا يجوز فيه شهادتهن، وهذا كشهادتهن بأداء الكتابة الموجبة للعتق، وبثبوت الدين الموجب لنقض العتق، وإن كان ابن زرقون حكى عن إسماعيل القاضي: أنه لا يرد العتق بما يثبت عليه برجل وامرأتين، ولا شاهد ويمين؛ وإنما يرد بذلك ما يحدث من عتق بعد الحكم بالمال.

وشهادتهن بموت: يوجب عتقًا شهادة بما لا تجوز فيه شهادتهن مع كونه موجبًا لما لا تجوز فيه شهادتهن؛ كشهادتهن بعتق يوجب طلاقًا، وهذا كشهادة امرأتين مع رجل بعتق عبد من حلف بالطلاق على عدم عتقه، أو بعتق أمة تحت عبد، وتقدم لابن رُشْد على قول ابن القاسم في إجازته شهادتهن في قتل الخطأ مع غيبة البدن: أنها آيلة إلى جواز شهادتهن فيما عدا المال من الموت الذي يقطع العصمة بينه وبين نسائه، ويوجب عتق أمهات أولاده ومدبريه إلى غير ذلك مما لا تجوز شهادتهن فيه، وهو نحو ما زعموه من مساواته مسألة اللوث لمسألة كتاب الوصايا؛ فتأمله، وكون شهادتهن لوثًا يأتي في اللوث إن شاء الله تعالى.

قال ابن الحاجب: (ولو أقام شاهدًا، فطولب بالتزكية؛ أجيب إلى الحيلولة في المشهود به).

قُلتُ: كذا هو في سائر النسخ شاهدًا بالإفراد.

وقال ابن شاس: من أقام شاهدين، وطولب التزكية؛ فله أن يطلب الحيلولة، فيوقف الحيوان والعروض التي تطلب بعينها، ويشهد عليها.

فأما الحيلولة بإقامة مدعيها بشاهدين عدلين؛ فهو نقل غير واحد عن المذهب، وهذا قبل تعديلها حسبما نقله ابن شاس، وهو قولها: وإن كان أقام شاهدين، فكان

القاضي ينظر في تعديلهما، وخاف على المدعى فيه الفساد أمر أمينًا فباعه وقبض ثمنه، ووضعه على يدي عدل، ويأتي لابن رُشْد خلافه.

وفي الحيلولة بإقامته شاهدًا واحدًا عدلاً: خلاف ابن سهل اختلف في العقلة بشاهد واحد عدل، ففي أحكام ابن زياد قولنا: وجوب العقل بها، وهو في الدور بالإقفال لها، وفي الأرض يمنع حرثها، وقاله عبيد الله بن يحيى، وأيوب بن سليمان، ولابن بطال عن ابن لبابة: لا تجب العقلة إلا بشاهدين، وقال سليمان: هو قول ابن القاسم.

وفي وثائق ابن العطار: لا تجب العقلة بشاهد واحد، ولكنه يمنع المطلوب أن يحدث في العقار بناءً أو بيعًا، أو شبه ذلك بالقول، ولا يخرج عن يده.

ولابن سَحنون عنه: إن أقام المدعي شاهدًا عدلاً عقل على المدعى عليه ما شهد به الشهود الذين ثبت بعضهم، قال: وسمع عيسى ابن القاسم: من ادعى أصل زيتون وثمرته، وأثبت شاهدًا واحدًا، وطلب أن يجعل وكيلاً على الثمرة يحوزها في الجنا والقص، وطلب من هي بيده أن يقوم عليها ليبيعها، قال: إن كان الشاهد عدلاً؛ حلف معه المدعي، وأخذ الثمرة، وإن كان الحاكم لا يقضي بالشاهد واليمين؛ نظر إلى ما فيه النماء والفضل في بيعه أو عصره، فوكل به من يثق به.

وفي مسائل ابن زَرْب: إنما حكم بالعقلة في هذه المسألة خوف فساد الثمرة، وتفويت المطلوب لها، وكذا يوقف كل ما يغاب عليه من عرض، وغيره بشاهد عدل، والأصول لا تعتقل إلا بعدلين وحيازتها إلا أن الشاهد العدل يمنع الحاكم به المطلوب أن يحدث بيعًا أو شيئًا يفوته، فإن أحدث فيه شيئًا بعد تقدمه إليه؛ لم ينفذ.

وقال في موضع آخر: اختلف في توقيف العقار بشاهد عدل؛ فقال بعضهم: العقلة فيه واجبة بذلك، واحتجوا بقول ابن القاسم في مسألة الزيتون، وقال بعضهم: لا تكون إلا بشاهدي عدل، وحيازتها به جرى القضاء ببلدنا، والحجة فيه أن الغلة للمطلوب حتى يقضي عليه، وضمانها منه قبل ذلك، ولا تكون لطالب إلا إذا كان الضمان منه، ولا يكون منه إلا بشاهدي عدل وحيازتها، ونزلت المسألة في دار بقرطبة،

فأفتيت فيها بالعقلة بشاهد عدل واحد، وخالفني بعض أصحابنا، وقال: لا تجوز العقلة بشاهد واحد، واحتج بما ذكرته من المقرب، وقال: إنه لم يقل أحد بذلك، وجهل جميع ما قدمناه من قول سَحنون وابن زَرْب.

ولابن رُشْد في سماع عيسى المتقدم: اختلف في تأويل هذه المسألة، قيل: معناها أن المدعي ادعى الأصول والثمرة معًا، كدعواه أنه اشتراها بثمرتها، وأقام على ذلك شاهدًا واحدًا، وقيل: بل ادعى الأصول فقط، فرأى توقيف الثمرة بشاهد واحد، وهو الآتي على ما له في آخر رسم العريَّة بعد هذا فيمن أدعى دابة، وأقام عليها شاهدًا واحدًا، فماتت قبل القضاء له باليمين مع الشاهد أنه يحلف، وتكون المصيبة فيها منه؛ لأنه إذا رأى الضمان منه بالشاهد الواحد؛ فالتوقيف والغلة تابعان له.

واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق، وتكون الغلة له، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه، ولا تجب له الغلة حتى يقضى له به، وهو الآتي على قول مالك في الغلة التي هي بيده حتى يقضى بها للطالب؛ فعليه لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفًا يحال بينه وبينه، ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المَدَوَّنة: إن الربع الذي لا يحول، ولا يزول، ولا يوقف مثل ما يحول ويزول، وإنما يوقف وقفًا يمنع فيه من الإحداث.

والثاني: أنه يدخل في ضمانه، وتكون له الغلة، ويجب توقيفه، يحال بينه وبينه إذا ثبت له بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين، وهو ظاهر قول مالك في الموطأ؛ إذ قال فيه: إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق، وقول غير ابن القاسم فيها؛ إذ قال: إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه، وكلف المدعى عليه المدفع، وعلى هذا القول جرى عندنا الحكم.

والثالث: أنه يدخل في ضمانه، وتجب له الغلة، والتوقيف بشهادة شاهد واحد، وهو الآتي على قول ابن القاسم في رسم العريَّة في الضمان حسبما ذكرناه.

قُلتُ: فمقتضى نقله أن على القول الثاني لا يجب التوقيف بمجرد شهادة شهيدي

عدل، وحكى ابن عبد السلام: الاتفاق على التوقيف بشهادة شاهدين.

وأما التوقيف بشهادة شاهد واحد لم تثبت عدالته؛ فنقل ابن الحاجب عن المذهب ثبوته، ولما ذكر ابن عبد السلام الخلاف في التوقيف بشهادة الواحد، قال: وهذا كله في شهادة العدل أو العدلين، وأما من يحتاج إلى تزكية؛ فلا تجب بشهادته حيلولة، وظاهر كلام بعض المتأخرين مثل ظاهر كلام المؤلف في مجهول الحال.

قُلتُ: هو ظاهر بعض ألفاظها فيها ما نصه: قال ابن القاسم: ثم يوقف له العبد؛ لأن مالكًا حين قال: يدفع إليه رأيت الوقف له إذا قال الطالب: أنا آتي ببينتي إذا كان قد أثبت بسماع، أو جاء بشاهد، وظاهر ما تقدم من نقل ابن سهل أن لا وقف بالشاهد الواحد إذا لم تثبت عدالته.

ابن الحاجب إثر قوله: (أجيب إلى الحيلولة في المشهود به) ما نصه: (ولا يمنع من قبض أجرة العقار).

قال ابن عبد السلام: لعله إذا سبق عقد الكراء الخصام، وأما إذا أراد أن يعقد الكراء بعد الشروع في الخصام؛ فلا يبعد ذلك على ظاهر المدَوَّنة، وفي كتاب الأحكام خلاف ذلك: أنه يقفل الموضع.

قُلتُ: تقدم نقل ابن سهل عن عبيد الله بن يحيى وغيره: العقل بشاهد عدل، وأنه في الدور بالإقفال، وفي الأرض بمنع حرثها، وظاهره: مطلقًا، كانت أكريت قبل ذلك أم لا؟، وما نسبه لظاهر المدَوَّنة من إجازة عقد الكراء بعد الشروع في الخصام هو ظاهر ما عزاه ابن رُشْد لابن القاسم في المدَوَّنة.

ويجب عندي أن يكون ذلك مقيدًا بالمدة التي لا يخشى بقاؤها بعد فصل الخصومة كما تقدم في كراء الوصي ربع يتيمه، وهو ظاهر قول ابن شاس: ولمن هو بيده قبض أجرته إلى حيث ما ينفذ القضاء.

اللخمي: روى محمد في العبد أو الجارية يدعيان الحريَّة، وبينة غائبة، ويريدان أن يمكنا من طلبها: فليس لهما ذلك إلا أن يأتيا بشبهة بالحق وحميل، وإن أثبتا شاهدًا، وادعيا آخر بعيد الغيبة؛ لم يقبل منه، ومكن سيده منه إلا أن يأتي بشاهد آخر، وقال

أيضًا: يحبس ولا يخلى يذهب، ويوكل من يطلب شهوده.

وإن كانت جارية وأثبتت شاهدًا؛ وقف السيد عنها، وإن كان مأمونًا أمر؛ بالكف عنها، وإن كان غير مأمون؛ وقف، ويضرب له أجل الشهرين ونحوهما.

وقال أَصْبَغ: إن كانت من الوحش؛ فهي كالعبد يخلى سبيلها، تطلب إذا أتت بحميل، وإن كانت رائعة؛ فلا، وأمرت أن توكل، ويجعل لها السلطان محتسبًا.

وسمع ابن القاسم في رسم سلف من كتاب الاستحقاق في العبد يدعي الحريَّة، ويذكر بينة غائبة، والجارية مثل ذلك: لا يقبل قول العبد إلا أن يأتي ببينة، أو أمر يشبه فيه وجه الحق إن أتى بذلك رأيت له ذلك، وأستحب في الجارية وقف ربها عنها، وإن كان مأمونًا أمر بالكف عنها، وإن كان غير مأمون، وجاءت بأمر قوي في الشهادة؛ رأيت أن توضع في يدي امرأة، ويضرب في ذلك أجل الشهرين والثلاثة مثل الشاهد العدل.

ابن رُشْد: قوله: (لا يقبل قول العبد إلا أن يأتي ببينة، أو أمر يشبه فيه وجه الحق، فإن أتى بذلك؛ رأيت له ذلك)؛ كلام وقع على غير تحصيل؛ إذ لا يصح أن يقبل قول العبد في دعواه الحريَّة إلا ببينة عدلة، لا إذا أتى عليه ببينة غير عدلة، أو أمر يشبه فيه وجه الحق، والحكم يفترق في ذلك بين أن يأتي ببينة غير عدلة أو بشاهد عدل، أو بين أن لا يأتي بمن يشهد له ويشبه قوله، وبين أن لا يأتي بمن يشهد له، ولا يشبه قوله حسبما مضى تحصيله في سماع عبد الملك في الأقضية.

قُلتُ: قال فيه ما نصه: إن ادعت الجارية أو العبد الحريَّة، فإن سميا لذلك سببًا كالشاهد العدل أو الشهود غير العدول؛ وقف السيد عن الجارية، وأمر بالكف عن وطئها إن كان مأمونًا، وإن لم يكن مأمونًا؛ وضعت على يدي امرأة، وضرب في ذلك أجل الشهرين والثلاثة، قاله مالك.

وإن سألت أن ترفع مع سيدها لموضع بينتها؛ فلها ذلك إن قرب الموضع، وإن بعد موضعها؛ فقيل ترفع مع سيدها إليه، قاله أَصْبَغ، وقيل: لا يلزم سيدها رفعه إليه، ويقال له: ضع حميلاً يضمنك، واذهب لموضع بينتك، وهو ظاهر قول ابن وَهْب في

سماع يحيى في رسم الأقضية من كتاب الشهادات: وإن لم يأت بحميل؛ طرح في السجن، ووكل من يقوم بأمره، قاله مالك فيما سأله عنه ابن كنانة لابن غانم، ومعناه: إن ادعى إلى ذلك السيد، وقال: أخشى أن يهرب لادعائه الحرية، وإن لم يسبب لذلك سببًا من بينة، ولم يأتيا بسوى الدعوى، فإن ادعيا لذلك وجهًا يشبه ويعرف؛ كادعائهما أنهما من أهل بلد عرف واليه بالتعسف على أهل ذمة ذلك البلد وبيعه لهم، أو ينتسب إلى قوم معروفين، ويأتي على ذلك بأمارة معروفة، وكان موضع بينتهما قريبًا؛ أخذ الإمام من ربهما حميلاً ألا يخرج بهما ولا يفربها، ويكتب لهما كتابًا لذلك الموضع، فإن جاء جواب كتابه بما يستوجب به الرفع مع سيده، أو الذهاب بحميل يأخذه منهم بقيمته؛ حكم بذلك، وإن لم يكن لما ادعياه وجه يعرف، والموضع بعيد؛ لم يلزم ربهما شيء.

واختلف إن لم يكن لدعواهما وجه، والموضع قريب؛ فقيل: لا يلزم ربهما شيء، وهو دليل قول ابن القاسم في هذه الرواية: إن كان الذي ذكره العبد قريبًا على مسيرة اليوم وشبهه؛ فعسى به إن جاء بأمر يعرف، فلعل هذا يكتب له؛ يريد: يؤخذ من سيده حميل، وقول ابن الماجِشُون: وقيل: يكتب لهما، ويتخذ على سيدهما حميل أن لا يفوتها، قاله عيسى في كتاب الجدار، وإن كان لما ادعيا وجه، والموضع بعيد؛ فقيل: لا يلزم السيد شيء، وهو دليل هذه الرواية؛ لأنه لم ير أن يكتب له إلا أن قرب الموضع، وأتى بأمر يعرف، وقال ابن حبيب عن مُطَرِّف وأَصْبَغ: يكتب لهما، ويؤخذ من سيدهما حميل بهما.

والنظر: إن أخذ من العبد حميل بقيمته، فذهب لمحل بينته، فهرب، أو مات بالطريق، أو قتل، أو حدث به عيب، ولم تصح دعواه من شيء ما الحكم في ذلك؟ والذي أراه على ما يوجبه النظر، والقياس أن يضمن الحميل قيمته إن أبق، أو قتل، وما حدث به من عيوب بسبب سفره، ولا شيء عليه مما حدث بغير سبب سفره، ولا في موته إن مات.

قال ابن الحاجب: وتحال الأمة، وإن لم تطلب، إلا أن يكون مأمونًا عليها، وقيل:

تحال الرائعة مطلقًا.

ابن عبد السلام: يعني: أن من بيده أمة، فنوزع فيها، وشهد عليه شاهد كما تقدم، وينبغي إن كان مكذبًا لمن شهد لخصمه؛ أن يحال بينهما.

قُلتُ: فظاهره: أنه حمل المسألة على أن الأمة ادعى مدع ملكها، لا أنها ادعت الحرية، ولا أعرف المسألة إلا من الموازيَّة والعتبيَّة، وهي فيهما في دعوى الحريَّة حسبما ذكرناه، وهو ظاهر قول ابن الحاجب: (وإن لم تطلب).

ولو كانت الدعوى لمن يدعي ملكها؛ لم تجب الحيلولة إلا بطلبه، هذا تحقيق النقل، وإن كان لا فرق في ذلك بين العتق وغيره.

وفيها: إن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم، ورطب الفواكه، وأقام شاهدًا واحدًا أو أثبت لطخًا، وقال: لي بينة حاضرة؛ أجله القاضي بإحضار شاهد إن قال: لي شاهد، ولا أحلف، أو بينة ما لم يخف الفساد على ذلك الذي ادعى واستؤني، فإن أحضر ما ينتفع به، وإلا خلي بين المدعى عليه، وبين متاعه إن كان هو البائع، ونهي المشتري أن يعرض له، وإن كان أقام شاهدين، فكان القاضي ينظر في تعديلهما، وخاف عليه الفساد؛ أمر ببيعه، ووضع ثمنه بيد عدل، فإن زكيت البينة؛ قضي للمشتري بالثمن إن كان هو المدعي، وأخذ من المشتري الثمن الذي شهدت به البينة يدفع للبائع، كان أقل أو أكثر، ويقال للبائع: أنت أعلم بما زاد ثمن المشتري الذي جحدته البيع على ثمن سلعتك، وإن لم تزك البينة على الشراء؛ دفع القاضي الثمن للبائع، فإن ضاع الثمن قبل القضاء به لأحدهما؛ كان ممن يقضى به له.

عياض: قوله في توقيف ما يسرع إليه الفساد إذا قال المدعي: عندي شاهد واحد، ولا أحلف معه؛ أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفساد، وإلا خلي بين المدعى عليه وبين متاعه.

معنى قوله: (ولا أحلف معه)؛ أي: البتة، ولو أراد: لا أحلف معه الآن؛ لأني أرجو شاهدًا آخر، فإن وجدته، وإلا حلفت مع شاهدي؛ بيع حينئذ، ووقف ثمنه إن خشي فساده، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما، فقد جعله يبيعه هنا،

ونحن على شك من تعديلهما، وهو إن لم يثبت؛ بطل الحق، وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال، والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر، ويثبت الحق؛ فحاصله إن لم يقم المدعي إلا لطخًا قاصرًا عن شاهد عدل، وعن شهيدين ممكن تعديلهما؛ وقف المدعي فيه ما لم يخش فساده، فإن خشي فساده؛ خلي بينه وبين المدعى عليه، وكذا إن أقام شاهدًا عدلاً، وقال: لا أحلف معه بوجه، وإن قال: أحلف معه أو أتى بشاهدين؛ ينظر في تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره في الأم.

ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار، وزاد: إن كان أتى الطالب بشاهد واحد ولم يزكه، وهو قابل للتزكية؛ فهو كقيام شهيدين؛ ينظر في تزكيتهما، يباع المدعى فيه لخوف فساده، ونقل أبو إبراهيم قول عياض ولم يتعقبه.

وقال ابن الحاجب: (وما يفسد من طعام وغيره، قالوا: يباع ويوقف ثمنه إن كان شاهدان، ويستحلف ويخلى إن كان شاهد)، فذكره ابن هارون فقبله، ولم يزد فيها حرفًا.

وقال ابن عبد السلام: تبرأ المؤلف من هذا القسم بقوله: (قالوا)؛ لأنهم مكنوا من الطعام بيده بعد قيام شاهد عليه، ولم يمكنوه منه إن قام عليه شاهدان؛ بل قالوا: يباع ويوقف ثمنه، ومن المعلوم أن شاهدًا واحدًا أضعف من شاهدين، قال: فإن قلت: لأجل أنه أضعف منهما؛ أبقوا الطعام بيد المدعى عليه، وألغوا أثر شهادة الشاهد.

قُلتُ: لو كان هذا صحيحًا؛ لزم مثله فيما لا يخشى فساده أن يحلف من هو بيده، ويترك يفعل فيه ما أحب، غير أنه يمكن أن يجاب عن أهل المذهب بأن ما يخشى فساده؛ تعذر القضاء بعينه لمدعيه؛ لما يخشى من فساده قبل ثبوت دعواه، فلم يبق إلا النزاع في ثمنه، فهو إذن كدين على من هو بيده، فيمكن منه بعد أن يحلف؛ ليسقط حق المدعي في تعجيله، ولا يقال: يلزم مثله فيما قام عليه شاهدان؛ لأن حق المدعى فيه أقوى من حق المدعى عليه.

قُلتُ: حاصل كلامه: أن المذهب عنده هو ما نصه ابن الحاجب، وأشار إلى التبري منه، وهو أن الشاهد الواحد فيما يخشى فساده يوجب عدم تمامه حين خوف فساد

المدعى فيه بتسليمه للمدعى عليه دون بيعه، وإن عدم تمام شهادة الشاهدين حينئذ لا يوجب ذلك؛ بل يوجب بيعه، ووقف ثمنه.

ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص العطار مراعيًا أصول المذهب؛ علم أن ما فهمه الشَّيخ عن المذهب، وفسر به كلام ابن الحاجب، وما أشار إليه من التبري غير صحيح، وظاهر كلام الشَّيخ عموم ذلك في الشاهد العدل، والمنظور في عدالته، وظاهر عطف ابن الحاجب الشاهد على الشاهدين أنه منظور في عدالته، وقول ابن عبد السلام في سؤاله وجوابه.

قُلتُ: لو كان هذا صحيحًا؛ لزم فيما لا يخشى فساده واضح رده بأن الحكم المذكور؛ وهو تسليمه للمدعى عليه، أو بيعه ووقف ثمنه؛ معلل في كل الروايات بخوف فساده حين عدم تمام حجة المدعي عدمًا لا يوجب تعجيزه، وهذه العلة مفقودة فيما لا يخشى فساده، وقوله: غير أنه يمكن أن يجاب إلخ؛ هو بناء على فهمه المذهب بالتفرقة بين الشاهد الواحد والشاهدين، وتقدم رده، وعلى تسليمه يرد جوابه بأن اللازم حينئذ كونه كدين على من هو بيده، وهذا إنما يوجب عدم بيعه عليه لا الزيادة الثابتة في رواية المدَوَّنة، وهي قوله: ونهي المشتري أن يتعرض له؛ لأن ظاهرها: أنه لا يعرض له مطلقًا، لا في عين المدعى فيه، ولا في تعلقه بذمته، ولو بقيت دعواه في ثمنه؛ لوقف ثمنه، ولا سيما إن كان المدعى عليه غير ملي بثمنه، وموجب كلام الشَّيخ بما كتبه عدم وقوفه على كلام عياض، والله أعلم بمن اهتدى.

ابن شاس: تقبل شهادة الأصم في الأفعال، وهو نحو قول المازري عن المذهب: تجوز شهادة البصير فيما يصح أن يعلمه البصير.

وفي الزاهي لابن شعبان: شهادة الأخرس جائزة إذا عرفت إشارته، يكرر عليه حتى يستيقن، وإن كان يكتب؛ فالاختيار أن يكتب.

قُلتُ: وقبول شهادته كصحة عقد نكاحه، وثبوت طلاقه وقذفه وكلاهما فيها.

وشهادة الأعمى بما تيقنه بما هو مسموع فيها مع غيرها؛ قبولها، وهو نص سمَاع ابن القاسم احتجاج مالك بقوله: وكان ابن أم مكتوم أعمى إمامًا مؤذنًا على عهد

رسول الله ﷺ، قال مالك: وكذا الرجل يشهد على المرأة من وراء الستر، وعرفها وعرف صوتها، وأثبتها قبل ذلك، وكان الناس يدخلون على أزواجه ﷺ بعد موته وبينهم وبينهن حجاب يسمعون منهن ويتحدثون عنهن.

ابن رُشْد: مثله في اللعان منها، وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب، وما احتج به مالك صحيح لا خروج لأحد عنه.

وقال ربيعة: لو لم تجز شهادته ما جاز له وطء أمته، ولا زوجته.

قال المغيرة: سواء ولد أعمى أو لا، ونحوه للمازري.

وقال المتيطي في فصل صفة من يستحق القضاء ما نصه: واختلف في استقضاء الأعمى، فقال مالك في موضع: لا يجوز أن يستقضى، وفي الأحكام السلطانيَّة جواز قضائه، والمشهور عن مالك جواز قضائه، وحكى أبو عبيد من رواية ابن أبي مريم عن مالك منع شهادته، كذا وقع في غير نسخة منع شهادته التي هي قسيمة الرواية لا منع قضائه المتكلم فيه، وفي النفس من هذا النقل شيء؛ لأن المتيطي لما تعرض لذكر شهادته لم يحك إلا جوازها، واستدلال مالك على ذلك.

وفي الأقضية منها: وإذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته؛ فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها، ولكن يؤديها كما علم، ثم لا تنفع الطالب.

ابن رُشْد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من الشهادات: وأما شهادة الشاهد على خطه إذا لم يذكر الشهادة، فقال مالك: أول زمانه يشهد إن كان الكتاب نقيا، ولا يجد فيه ما يريبه، ثم رجع فقال: لا يشهد، وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدله على حقيقتها، وينفي التهمة عنها؛ فأخذ بالأول عامة أصحابه الأخوان، والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وَهْب، واختاره ابن حبيب وسَحنون في نوازله.

قال مُطَرِّف: وعليه جماعة الناس، قال مع ابن الماجِشُون: وليقم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حق، وإن لم يحفظ مما في الكتاب عددًا ولا مقعدًا، ولا يعلم السلطان بأنه لم يعرف عين خطه، فإن أعلمه بذلك، وأنه لم يسترب في شيء لزم الحاكم ردها.

وروى ابن وَهْب أنه إن قال: هذا كتابي، ولا أنكر الشهادة أنه يحكم بها، وأخذ ابن القاسم وأَصْبَغ بقول مالك الثاني لا يشهد، وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة، واختلف على هذا القول، ففيها يؤديها كما علم، ولا تنفع، وهذا يدل على تصويب المجتهدين.

وقال محمد: لا يؤديها؛ وهو القياس على القول بأن المجتهد قد يخطئ الحق عند الله، وإن لم يقصر في اجتهاده، واختلف كيف يؤديها؛ فقيل: يقول: هذه شهادتي بخط يدي، ولا أذكرها.

وفي رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب أنه يقول: أرى كتابًا يشبه كتابي، وأظنه إياه، ولست أذكر شهادتي، ولا متى كتبتها، وعلى معنى هذا الاختلاف اختلافهم في الشهادة على خط المقر، ثم قال: حاصل المذهب فيها خمسة؛ الأول: جوازها والحكم بها، والثاني: لغوها، فلا يؤديها، والثالث: غير جائزة إلا أنه يؤديها، ولا يحكم بها، والرابع: إن كانت في كاغد؛ لم يجز له أن يشهد، وإن كانت في رق؛ جاز له إن يشهد؛ يريد: إن كانت الشهادة في بطن الرق لا على ظهره؛ لأن البشر في ظهر الرق أخفى منه في الكاغد، الخامس: إن كان ذكر الحق، والشهادة بخطه؛ جاز له أن يشهد، وإن لم يكن بخطه إلا لشهادة؛ لم يجز، حكى هذين القولين ابن حارث، ولسَحنون في نوازله جميع أصحاب مالك يجيزونها إن كان هو خط الكتاب، وكتب شهادته، وهذه التفرقة استحسان؛ والقياس أن لا فرق بين كون كل الكتاب بخطه، أو شهادته فقط على المعنى الذي ذكرناه في الخط هل هو رسم يدرك بحاسة البصر أم لا؟

قُلتُ: يرد حكمه بعدم التفرقة بأن يكون الكتاب بخطه من نفي الشكوك في كون شهادته بخطه ما ليس بمجرد كون الشهادة فقط بخطه؛ لأن محاكاة الكاتب خط غيره في القليل تحصل له، ولا تحصل له في الكثير، والعلم بذلك كالضرورة، وأول لفظ المازري يدل على موافقته.

ابن رُشْد: في عدم التفرقة، وآخره يدل على ما قلناه من التفرقة، ووجه آخر: وهو التحيل بإلصاق محل شهادة الشاهد بمكتوب غير ما شهد به، وأخبرنا شيخنا أبو عبد

الله بن سلمة في هذا المعنى عن بعض مشاهير عدول تونس، وهو أبو عبد الله بن الفواد، كانت له دراية بفقه الوثيقة وكتبها، وكان يدرس العربية، ومع ذلك وقفه عن الشهادة القاضي أبو عبد الله بن يعقوب، وارتحل إلى المشرق، ثم قدم، فدخل عليه، واعتذر له عن ما نسب إليه من سبب وقفه، فأجابه القاضي ابن يعقوب على ما أخبرني شيخنا أبو عبد الله بن الحباب بما لا يمكن كتبه، فأيس منه، وارتحل ثانية إلى المشرق، ثم قدم بعد انصراف ابن يعقوب، فأعيد لشهادته، وكان أحد شهود الديوان في أوائل هذا القرن الثامن، وولي مدة يسيرة قضاء الأنكحة بتونس أنه أتاه طالب بوثيقة بمال له بالٌ على رجل أنكره، وأنكر الشهادة عليه، فطلب منه رفع شهادته في الوثيقة، فنظرها، فتحقق أن شهادته بخطه، وتذكر موطنها، وأنه شهد على ذلك الرجل، وكان ممن لا يجهل، فلم يذكر ذلك، وعرضت له حيرة بتعارض حالتي تيقنه خطه، وتيقنه عدم تقدم شهادته على الرجل المذكور، فكانت الوثيقة بيده، وهو يتأمل، ويتذكر في بيته، فعرضت له حاجة أخرجته من بيته، وهي في يده، فاتفق أن نظرها ويده بها مرفوعة أعلا وجهه وهو في ضوء الشمس، فوقع بصره على شبهة في كاغد الوثيقة، فتأمله لضوء الشمس؛ فوجد محل شهادته في الكاغد ألصق إلصاقًا خفيًا بكاتب كتب فيه ذكر الحق على المطلوب، فانكشف غمه، وفطن دافع الوثيقة له ففر، وكانت القضاة ببلدنا ينفون من ظهر عليه الضرب على الخطوط بعد تأديبه بحسب اجتهادهم إلى بلاد المشرق، فبعث فقهاء المشرق إليهم بالتعقب عليهم في ذلك، وقالوا: أنتم في فعلكم هذا كمن أراح نفسه من معتد في محله بإرساله على غيره من المسلمين، فأجابوهم بأن المنفي لا قدرة له على الضرب على خطوط من وصل إليهم؛ لعدم ممارسته خطوطهم.

قُلتُ: وعزو ابن رُشْد القول الرابع لابن حارث لم أجده بنصه؛ بل نصه: وقول خامس: أنه إن كان كاغدًا أو قرطاسًا؛ لم تجز، وقال عقب ذكره رواية ابن وَهْب: إنه إن عرف خطه؛ فليشهد، وجميع هذا على أن الشاهد ممن يعرف المشهود عليه بالعين والاسم قبل تاريخ الكتاب معرفة صحيحة، ويعرف من نفسه التثبت في إيقاع الشهادة، ثم ذكر تلقيه الخمسة الأقوال من بعض من ذاكره من المالكيين، وتفرقة ابن رُشْد بين

باطن الرق وظاهره بأنها في ظاهره أخفى الأظهر عكسه؛ فتأمله، وحمله ابن زرقون على ظاهره دون تفرقة، قال ما نصه: وحكى ابن حارث قولاً رابعًا: إن كان في كاغد؛ لم يجز أن يشهد بها، وإن كان في رق؛ جاز.

وقال الباجي: قال ابن نافع: إن لم يعرف عدد المال، عرف الإمام بذلك، وما أراه ينفعه، وروى ابن وَهْب في العتبيَّة: يقضي بشهادته، وإن لم يشهد عنده على عدد المال.

روى ابن القاسم: إن لم يعرف عدد المال؛ ردت شهادته، وإن ذكر أنه أشهد مع معرفة خطه، وهذا الخلاف عندي إنما هو فيمن يقضى بشهادته، وأن يذكر أنه شهد مع معرفة قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وغيره ثم نسي، ولأبي زيد عن ابن القاسم إن عرف خطه، وأثبت من أشهده إلا أنه لا يذكر أنها التي في هذا الكتاب لا يشهد حتى يذكر ما في الكتاب حرفًا حرفًا، وهذا يدل على أنه عقد استرعاء، وأما ما أشهد فيه من العقود، فقد تقدم أنه لا يلزمه تصفحه ولا قراءته، ولا يتصفح منه إلا موضع التقييد؛ ولذا يشهد على الحكام بالسجلات المطولة، ولا تقرأ، وإذا لم تلزمه قراءته حين تقييد الشهادة؛ لا يلزمه ذلك حين الأداء أولى.

قلت في نوازل سَحنون: روى ابن وَهْب: من عرف خط يده في شهادة؛ ذكر حق، ولم يثبت عدد المال إن استيقن أنه خط يده، وكان لا يثبت عدد المال؛ فليشهد عليه، ويقضي به القاضي، وإن لم يشهد عنده على عدة المال.

ابن رُشْد: قوله: يشهد إذا استيقن أنه خط يده، وإن لم يثبت عنده المال خلاف سماع أبي زيد: أنه لا يشهد، وإن استيقن خطه، وذكر أن فلانًا أشهده في أمر دار حتى يذكر شهادته، وتيقنها حرفًا بحرف، وهذا الاختلاف إنما هو إن وضع شهادته على معرفته في عقد استرعاء، أو أشهده أحد على نفسه بمال، أو شهادة فيها مال، وحق غير مال، فقيد شهادته بخط يده بما أشهد عليه واستحفظ، فلما دعي لأداء الشهادة عرف خط يده واستيقنه، ولم يذكر الشهادة؛ لنسيانه لها بعد ذكره إياها، فوجه القول بأنه يشهد تيقنه صحة الشهادة؛ لمعرفته خط يده، وأنه لم يضع شهادته وقت وضعه إلا وهو عالم بها، ووجه القول: أنه لا يشهد بها؛ أنه غير ذاكر لها وقت أدائها، وأما ما شهد عليه

الشاهد من عقود البياعات والإقرارات؛ فليس على الشاهد أن يقرأها، ولا يحفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح منها عقد الإشهاد، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد عليه، وإن لم يعرف ما في الكتاب، ولا عدد المال إذا عرف المشهدين له على أنفسهم.

قال ابن دحون: فإن عرف الشاهد عين المشهود عليه، ولم يعرف عين المشهود له؛ فلا يشهد إلا أن يبين، وإن لم يعرفهما معًا؛ فلا يشهد.

قال ابن رُشْد: وكذا إذا عرف المشهود له، ولم يعرف المشهود عليه؛ لا يشهد البتة.

قُلتُ: قوله مع الباجي وغيره: إنه لا يلزم الشاهد قراءة كل الوثيقة خلاف عمل محققي شُيُوخنا على لزوم قراءتها؛ خوف أن يكون في الوثيقة عقد فاسد، أو مشروط فيه ما يفسده، وما ظنه الشاهد صحيحًا، وهو غير تام؛ كهبته لابنه الصغير دار سكناه ونحو ذلك، أو ما فيه تلبيس على حكام المسلمين، قال بعض من لقيناه: إلا أن يعلم الشاهد بقرائن الأحوال أن ما شهد به قد برمه والتزمه؛ فلا تلزم قراءتها؛ لأنه أمر قد وقع، فيشهد به؛ لينفذ فيه حكم الله سبحانه، وأدب ملبسه، وتقدم من هذا شيء في آخر الأقضية، وتقدم إجراء القولين في رفعها مع عدم الحكم بها على كون كل مجتهد مصيب أو لا.

وقال اللخمي: منع مرة رفعها؛ خوف أن يقضى بها؛ فيكون معينًا على ما لا يراه صوابًا، وقال مرة: يرفعها؛ للاختلاف فيها، ولأنه لا يجوز أن يحكم بذلك على المشهود له؛ لأنه لم يستفته ولم يحكمه، ومثله من حلف بالطلاق، وكان في حنثه اختلاف فسأل الزوج والحكم عند المفتي أن لا حنث عليه؛ جاز له على القول الأول أن يفتيه بجواز الإصابة، وعلى القول الآخر لا يجوز له ذلك إلا أن يجتمع الزوجان على تقليده، وإلا كان حكمًا على الزوجة وهي لم تقلده، وكذا لو استفت الزوجة من يرى حنثه؛ جاز له أن يفتيها على القول الأول بالهروب منه، ولا يجوز ذلك على القول الآخر، إلا أن يكون اختلافًا شاذًا منافيًا للأصول؛ فيجوز له دون رضى الآخر.

قُلتُ: تخريجه عدم الفتوى بعدم الحنث؛ لتعلقها بآخر لم يستفته على القول بلزوم الرفع؛ لأن عدمه متعلق بمن لم يستفته؛ يرد بجواز كونه لذلك مع رجاء حكم الحاكم

له بالمشهود به لاستلزام الرفع؛ نظر الحاكم في ذلك، وعدم استلزام الفتوى بعدم الحنث نظر مفت آخر، فتأمله، قال: ورواية الأخوين في الشهادة على معرفة خطه أحسن، ومحمل قول مالك على ما كانوا عليه من الحفظ كان كثير منهم لا كتب له، قال مالك: حدثني ابن شهاب بأربعين حديثًا حفظتها إلا ثلاثة أحاديث، فسألته أن يعيدها علي فأبى، قلت له: أما كان يعاد عليك الحديث؟ قال: لا، ولو وكل الناس إلى حفظ الشهادات؛ لم يؤد أحد شهادة، وتعطلت الحقوق، والضرب على الخط نادر.

قُلتُ: قوله: (ولو وكل الناس... إلخ)؛ يدل على أن حفظهم الأحاديث المذكور عدها؛ إنما كان بالمعنى لا باللفظ، وإلا لما صح استدلاله به في ذكر الشاهد شهادته.

وسمع ابن القاسم: الشهادة على خط رجل بحق عليه؛ كالشهادة بإقرار به.

ابن رُشْد: سواء كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق، أو كتب ذكر الحق على نفسه بيده، فقال: لفلان علي كذا وكذا، ولم يكتب شهادته، والشهادة على خط المقر؛ كالشهادة على إقراره.

قُلتُ: قول ابن رُشْد: (سواء كتب شهادته على نفسه...) إلى قوله: (ولم يكتب شهادته) خلاف ما حكى ابن عات في طرره.

قال في المجالس: إن كتب الوثيقة بخطه وشهادته فيها؛ نفدت؛ لأنه قليل ما يضرب على جميع ذلك، وإن لم يذكر شهادته فيها لم تقبل؛ لأنه ربما كتب، ثم لم يتم الأمر، وإن قال: لفلان عندي، أو قبلي بخط يده؛ قضي عليه، وإن كتب لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة وشهادته فيها؛ لم تجز إلا ببينة سواه؛ لأنه أخرجها مخرج الوثائق، وجرت مجرى الحقوق، ولم تجز الشهادة فيها على خطه.

قال ابن رُشْد: وإن شهد على خطه شاهد واحد؛ كانت مع شهادته اليمين، لم يختلف فيها قول مالك، ولا أحد من أصحابه، إلا ما روي عن ابن عبد الحكم: أنه لا تجوز على الخط، مجملاً لم يخص موضعًا دون موضع، ونزلت أيام ابن لبابة، فأفتى فيها كل معاصريه بإعمالها، وقال هو: لا تجوز، وحكاه عن رواية ابن نافع، وفي المبسوطة لابن نافع، وروايته: إنها جائزة؛ كالمعلوم من مذهب مالك خلاف ما حكى ابن لبابة،

فأرى حكايته غلطًا، وإنما اختلف إذا كتب شهادته في ذكر حق على أبيه، ثم مات أبوه، وهو وارثه، فطلبه رب الحق بذكر الحق على أبيه، فأقر بالشهادة، وزعم أنه كتبها على غير حق، وأنكرها، فشهد على خطه، ففي القضاء عليه بذلك الحق قولا ابن حبيب مع أَصْبَغ، ومُطَرِّف وابن الماجِشُون؛ بناء على اعتبار مآلها أو ابتدائها.

قُلتُ: في تمسك ابن لبابة برواية ابن نافع غير معزوة لكتاب، وتغليطه ابن رُشْد نظر؛ لشهرة محل نقل الخلاف في ذلك في الجلاب من أنكر ما ادعي عليه، فشهد على خطه دون لفظه؛ ففي الحكم عليه بالشهادة على خطه روايتان، وعلى الحكم بها، ففي كونه مع يمينه أو دونها روايتان، وإن شهد شاهد واحد على خطه؛ ففي الحكم بشهادته مع يمينه، ولغو الحكم بها روايتان.

المازري: تعقب نقل الجلاب القول بالافتقار في ذلك إلى اليمين؛ لأن مذهب فقهاء الأمصار: أنه لا يستحلف طالب الحق مع إقامته شاهدين به، خلاف قول ابن أبي ليلى، وعلي ﷺ، ثم ذكر جواب بعض أشياخه بما حاصله أن القولين بناء على أن الشهادة على خطه؛ كالشهادة على إقراره؛ فلا يفتقر ليمين، أو كنقل شهادة من شاهد على إقراره؛ لأن خطه دليل على إقراره؛ فلا يفتقر ليمين، أو كنقل شهادة من شاهد على إقراره؛ لأن خطه دليل على إقراره، فصار كشاهد على إقراره، فيفتقر مع ثبوت النقل عنه إلى اليمين، وعليهما يتقرر قبول شاهد واحد على خطه ولغوه للغو نقل واحد عن واحد.

المتيطي: روى أشهب: أن الخط يضرب عليه، وقول ابن القاسم في معرفة الخط ومعرفة الشهود له؛ كمعرفة الشهود للثياب والدواب، وسائر الأشياء، قال بعض الشُيُوخ: وهذا يدل على أن الشهادة على الخط إنما تكون على القطع.

وفي كتاب القراوي: إنها في ذلك إنما تكون على العلم.

قُلتُ: مغايرته بين القطع والعلم يدل على أن مراده بالعلم الظن، قال: ولم يزل ابن لبابة على منع الشهادة على الخط إلى أن توفي، وحكى بعض الثقات عنه أنه قال: أول شيء أحدث من جهة الخط قتل عثمان، وقول ابن لبابة قاله قبله الأخوان، ذكره عنهما

يحيى بن إسحاق في مبسوطته.

قُلتُ: هذا خلاف تغليط ابن رُشْد ابن لبابة المتقدم، وما نسبه لحكاية بعض الثقات هو نقل ابن سهل عن ابن الماجِشُون في غير الواضحة: الشهادة على الخط باطلة، وما قتل عثمان بن عفان إلا على الخط، وما رمي به عنه، وكتب عليه.

وعلى معروف المذهب في الشهادة على خط المقر قال المازري: نزل سؤال منذ نيف وخمسين سنة، وشُيُوخ أهل الفتوى متوافرون، وهو أن رجلين غريبين ادعى أحدهما على صاحبه بمال جليل، فأنكره، فأخرج المدعي كتابًا فيه إقرار المدعى عليه، فأنكر كونه خطه، ولم يوجد من يشهد عليه، فطلب المدعي كتبه، فأفتى شيخنا عبد الحميد بأنه لا يجبر على ذلك.

وأفتى شيخنا أبو الحسن اللخمي: أنه يجبر على ذلك، وعلى أن يطول في ذلك تطويلاً لا يمكن فيه أن يستعمل خطا غير خطه، ثم اجتمعت بعد ذلك بالشَّيخ أبي الحسن، وأخذ معي في إنكار ما أفتى به صاحبه الشَّيخ أبو محمد عبد الحميد، فقلت له: احتج هذا بأن هذا كإلزام المدعى عليه بينة يقيمها لخصمه عليه، وهذا لا يلزمه، فأنكر علي هذا، وقال: إن البينة لو أتى بها المدعي لقال المدعى عليه: شهدت علي بالزور؛ فلا يلزمه أن يسعى فيما يعتقد بطلانه، والذي يكتب خطه؛ ليعلم أن ما ادعى المدعي إلا حقًّا.

قُلتُ: الأظهر ما قاله الشَّيخ عبد الحميد، ومقتضى قوله وظاهر سياقه.

المازري: إنه لو شهدت بينة عدلة على مكتوب بشيء ما لا يحق المدعي أنه بخط المدعى عليه، وهو مماثل لخط الكتاب الذي قام به المدعي أنه يثبت لذلك للمدعي دعواه.

وفيه نظر؛ لأنه لا يحصل للشاهد المدرك المماثلة بين الخطين ظن كون الخط الذي قام به المدعي أنه خط المدعى عليه بمجرد إدراكه المماثلة مرة واحدة، ولا يحصل إدارك كون الخط خط فلان إلا بتكرار رؤية وضعه أو سمَاع مفيد للعلم بأنه خطه حسبما أذكره في الشهادة على خط الغائب إن شاء الله تعالى.

وسمع أشهب: من كتب لها زوجها بطلاقها مع من لا شهادة له، فوجدت من يشهد أن هذا خط زوجها، فقال: إن وجدت من يشهد لها على ذلك نفعها.

ابن رُشْد: مثله في مختصر ابن عبد الحَكم، ولابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ: أن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق، ولا عتق، ولا نكاح، ولا حد، ولا في كتاب قاض بالحكم، ولا تجوز إلا فيما هو مال خاصة، وما لا تجوز فيه شهادة النساء، ولا الشاهد واليمين لا تجوز فيه الشهادة على الخط، وحيث يجوز هذا يجوز هذا، فكان يمضي لنا عند من أدركنا من الشُيُوخ أن ما ذكره ابن حبيب عن من ذكر، وهو مذهب مالك لا خلاف فيه، وأن معنى ما في السماع، ومختصر ابن عبد الحَكم: نفعها ذلك أنه يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق.

والذي أقوله: إن معنى ما حكاه ابن حبيب عن من ذكر؛ إنما هو أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق، ولا عتق، ولا نكاح أنه لا تجوز على خط الشاهد أنه طلق، أو أعتق، أو أنكح؛ بل هي جائزة على خطه بذلك، كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال، وذلك بين من قوله، ولا تجوز إلا فيما كان مالاً من الأموال إلى آخره.

قوله: فالصواب أن يحمل قول مالك: (نفعها ذلك) على ظاهره من الحكم لها بطلاقه إذا شهد على خطه عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب لرجل يعلمه أنه طلق زوجته، أو لزوجته بذلك على هذا الوجه، وإن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء؛ فلا يحكم عليه به إلا أن يقر أنه كتبه مجمعًا على الطلاق، وفي قبول قوله أنه كتب غيره مجمع على الطلاق بعد أن أنكر أن يكون كتبه اختلاف ابن زرقون.

حكى ابن سهل في أحكامه أن ابن الطلاع قال: الأصل من قول مالك وأكثر أصحابه جواز الشهادة على الخط في الحقوق، والطلاق، والأحباس وغيرها، إلا أن الذي جرى به عمل الشُيُوخ أن تجوز في الأحباس، وما يتعلق بها، ثم ذكر ما ذكره ابن رُشْد عن ابن حبيب، وما كان يمضي لابن رُشْد عند من أدرك من الشُيُوخ، ونقل اختيار ابن رُشْد بلفظ: وعندي أن كلام ابن حبيب إنما هو في الشهادة على خط الشاهد،

لا خط المقر؛ بل هي جائزة على خطه أنه طلق، أو أعتق، أو نكح إلى آخر ما تقدم من كلامه.

قُلتُ: ظاهر قوله: (وعندي أنه اختص بذلك دون غيره من الشُيُوخ، وما أضافه لنفسه) هو ظاهر فهم الباجي قبله، قال ما نصه: قال مُطَرِّف وابن الماجِشُون: إنما تجوز الشهادة على خط الشاهد في الأموال خاصة حيث اليمين مع الشاهد، وقاله أَصْبَغ، قال: وأما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب؛ فلم يختلف في الأمهات المشهور قول مالك في إجازتها وإعمالها، وروي عنه أنها لا تجوز، وقاله محمد محتجًا بأنها كالشهادة على شهادته إذا سمعها منه، ولم يشهده عليها؛ إذ قد يكتب شهادته بما لا يتقلد شهادته بها، وأما إذا دعي إليها استراب فيها.

قُلتُ: ظاهر قوله في الأمهات المشهورة: أن المشهور إعمالها.

وقال الباجي: مشهور قول مالك: لا تجوز الشهادة على خط الشاهد رواه محمد واختاره.

وروى ابن القاسم، وابن وَهْب في العتبيَّة والموازيَّة إجازتها، وقاله سَحنون.

وقال أَصْبَغ: هي قويَّة في الحكم.

زاد المتيطي عنه: ولا يعجل في الحكم بها في غيبته وليتثبت.

اللخمي: الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين؛ لأنها ضرورة.

وقال المازري: قياس محمد الشهادة على خط الشاهد على سماعه يذكر شهادته، لا شك أن الشهادة على خطه أقوى من شهادة السماع التي أشار إليها؛ لكون الشاهد يسترسل في ذكر شهادته إذا لم يعلم أنه يقضى به، ولم يأذن في النقل عنهآ فإذا أذن في النقل عنه؛ لم يصح استرساله، وكذا من كتب خطه للتوثق به للمشهود له على المشهود عليه، والقولان في الشهادة على الخط؛ كالقولين في صحة نقل الشهادة إذا سمعها الناقل من الشاهد، وهو يؤديها إلى القاضي دون إذنه في النقل عنه.

قُلتُ: لا يلزم من لغوها في النقل لغوها في الخط للضرورة حسبما أشار

إليه اللخمي.

وقول المازري: إذا أضاف الشهود لكتب شهادتهم الإذن في النقل عنهم استقل الحكم بالنقل عنهم تعويلاً على خطوطهم، ولم يذكر خلاف عندنا في هذا.

ظاهره: أن نفي الخلاف راجع للنقل لا للشهادة على الخط، وقول ابن عبد السلام عن بعضهم لو كتب مع ذلك الإذن في النقل عنه ما اختلف في قبول الشهادة على الشهادة إن أراد به، المازري: فليس هذا مدلول لفظه، فتأمله.

ابن رُشْد: قول ابن زَرْب: لا تجوز الشهادة على خط الشاهد حتى يعرف أن المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفة العين؛ صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه؛ لما تساهل الناس فيه من وضع شهاداتهم على من لا يعرفون.

قُلتُ: وعزو ابن الحاجب هذا الكلام للباجي وهمٌ؛ لعدم وجدانه له، وثبوته لابن رُشْد.

قال: واختلف في حد الغيبة التي تجوز فيها الشهادة على خط الشاهد عند مجيزها.

فقال ابن الماجِشُون: حد ذلك ما تقضى فيه الصلاة.

ابن سَحنون عنه: الغيبة البعيدة، ولم يحد قدرها.

ولابن مزين عن أَصْبَغ: هو مثل إفريقيَّة من مصر، ومكة من العراق، ونحو ذلك، والذي جرى به العمل عندنا على ما اختاره الشُيُوخ إجازتها في الأحباس، وشبهها مما هو حق لله، وليس بحد.

ابن رُشْد: فالشهادة على الخط ثلاثة: شهادة على خط المقر، وهي أقواها، ويليها الشهادة على خط الشاهد، ويليها الشهادة على خط نفسه، وهي أضعفها، من لم يجزها على أقواها؛ لم يجزها على الباقين، ومن أجازها على أضعفها؛ أجازها على الجميع، ففي صحتها في الجميع، ثالثها: على خط المقر فقط، ورابعها: وعلى خط الشاهد.

قال ابن الحاجب: وأما الثالث: فقال: إن لم يكن محو ولا ريبة؛ فليشهد.

قال مُطَرِّف: ثم رجع فقال: لا يشهد حتى يذكر بعضها.

ابن عبد السلام: ظاهره: أنه إن عرف خطه، وذكر بعض ما فيه أنه يشهد ولا

يختلف في ذلك، وظاهر المدَوَّنة، وهو المشهور عندهم: أنه يؤديها ولا تنفع.

قُلتُ: ما ذكره ابن الحاجب هو نص نقل النوادر عن ابن كنانة.

قال في المجموعة: إن ذكرت بعض ما في الكتاب، ولم نذكر بعضًا، وفي الكتاب شهادتك، ولا محو فيه، ولا ما تستريبه، فاشهد بكل ما فيه.

وعن ابن حبيب: روى مُطَرِّف: إن عرف خطه، ولم يذكر من الشهادة شيئًا، ولا محو في الكتاب، ولا ريبة شهد به، ثم رجع فقال: لا يشهد، وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها.

قُلتُ: فظاهره: أنه إن ذكر بعضها لم يختلف قوله في الشهادة به، ولفظ المدَوَّنة هو ما نصه.

قُلتُ: إن ذكر أنه هو خط الكتاب، ولم يذكر الشهادة قال: قال مالك: فلا يشهد بها حتى يستيقنها ويذكرها، ولكن يؤديها.

قُلتُ: أتنفعه إن أداها كذلك؟ قال: لا.

قُلتُ: ففي لفظها احتمال لصورة ذكر بعضها دون بعض.

وقول ابن عبد السلام: المشهور عندهم أنه يؤديها ولا تنفع خلاف نقل ابن رُشْد.

قال في رسم الشجرة: قال مالك: أول زمانه في شهادة الشاهد على خطه إذا لم يذكر الشهادة أنه يشهد إن كان الكتاب نقيًا لا محو فيه ولا ريبة، ثم قال: لا يشهد، وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها، أو ما يدله على حقيقتها، وينفي التهمة عنه فيها.

قُلتُ: فظاهره: أن ذكر بعضها كاف في ذكرها.

قال ابن عبد السلام بعد ذكره الخلاف في البعد المبيح: الشهادة على الخط، وجرت العادة عندنا أن اختلاف عمل القضاة، وإن قرب ما بينهما كالبعد؛ لأن حال الشاهد تعلم عند قاضيه، ولا تعلم عند غيره، وفيه مع ذلك ضعف، فإن الشاهد على الخط؛ كالناقل عن من خطه، ولا بد أن يعدل الناقل من نقل عنه، أو تكون عدالته معلومة عند القاضي.

قُلتُ: مقتضى تعليله ما زعمه من الضعف بها ذكره أن هذه العادة عندهم كانت الشهادة فيها على الخط، لا يفتقر فيها إلى ثبوت عدالة ذي الخط، وهذا شيء لا أعرفه، ولا سمعت به عن عادة جرت في إفريقيَّة بوجه، فالله أعلم بها أراد.

والذي أعرفه وشاهدته أن خط شاهد من عمالة إن وقع بعمالة أخرى، فإن كان ذو الخط كائنًا فيها؛ لم يرفع على خطه، ورفع هو نفسه وإن كان غائبًا بعمالته؛ رفع عليه على ظاهر قول سَحنون في اعتبار مشقة الحضور دون تحديد بقدر، ثم القاضي المرفوع عنده إن كان ذو الخط عنده مقبولاً؛ قبله، وإلا طلب تزكيته.

وفتوى شيخنا ابن عبد السلام بأن شرط الشهادة على الخط حضوره، ولا يصح عليه في غيبته صواب، وهو ظاهر تسجيلات الموثقين.

المتيطي وغيره: اشتراط التحويز في الشهادة باستحقاق الدور والأرضين، ولا تقبل الشهادة على الخط إلا من الفطن العارف بالخطوط وممارستها، ولا يشترط فيه أن يكون قد أدرك ذا الخط، وحضرت يومًا بعض من قدمه القاضي ابن قداح للشهادة بتونس، وهو أبو العباس ابن قليلو، وقد ناول القاضي ابن عبد السلام وثيقة؛ ليرفع فيها على خط شاهد فيها مات، فقال له القاضي ابن عبد السلام: إنك لم تدرك هذا الشاهد الذي أردت أن تشهد على خطه، ورد عليه الوثيقة، ومنعه من الرفع على الخط فيها، وأنا جالس عنده، فلما انصرف ابن قليلو قال لي: إنما لم أقبل شهادته على الخط فيها؛ لأنه ليس من أهل المعرفة بالخطوط، وليس عدم إدراك الرافع على الخط كاتبه بمانع من الشهادة على خطه إذا كان الشاهد عارفًا بالخطوط، فإنا نعرف كثيرًا من خطوط من لم ندركه؛ كخط الشلوبين، وابن عصفور، وابن السيد ونحوهم؛ لتكرر خطوطهم علينا مع تلقينا من غير واحد من الشُيُوخ أنها خطوطهم، وذكر المتيطي في كيفيَّة الشهادة على خط الغائب أن الشهود يعرفون أنه كان يرسم العدالة والقبول في تاريخ الشهادة وبعدها إلى أن توفي، قاله مالك خوف أن تكون شهادته قد سقطت لجرحة، أو كان غير مقبول الشهادة، وإن زيد في التقييد ممن يعرف أن الشاهد المذكور كان يعرف المشهود عليه بعينه واسمه إن لم يكن في عقد الإشهاد معرفته بالعين

والاسم؛ كان أكمل، وهذه نكتة حسنة قل من يعرفها أو يهتدي إليها.

قُلتُ: قوله: (إلى أن توفي) قيل: إن الصواب إلى حين الشهادة على خطه؛ لجواز ثبوت تجريحه بعد موته ممن أعذر له في شهادة، ورد بأن ثبوت جرحته بعد موته يثبتها عليه قبل موته، فاستمرار عدالته إلى موته تنفي ما ينتفي بقوله إلى حين الشهادة على خطه.

وقول ابن الحاج: قول بعض قضاة إفريقيَّة لابد من زيادة، وأنه وضعها في حين عدالته؛ لجواز أن نقول: لو حضر وضعها فاسقًا؛ فلا أقوم بها غير بين؛ لوجوب رد شهادة من لم تعلم عدالته.

وظاهر قول المتيطي: أن تضمين الشاهد على الخط أن ذا الخط كان يعرف المشهود عليه شرط كمال لا شرط إجزاء، وظاهر نقل ابن فتوح أنه شرط إجزاء.

قال ما نصه: إن نقص من الوثيقة معرفة عين المشهود عليه فيها؛ كان الأمر مشكلاً، فمن أجاز الشهادة على الخط؛ احتاج إلى تضمين الشهود على الخط أن المشهود على خطه كان يعرف المشهد على نفسه، أو يشهد بذلك غير من شهد على خطه، وفي سماع أشهب قيل لمالك: أيشهد الرجل على من لا يعرف؟ قال: أحب إلي أن لا يفعل، والناس يشهدون بكون بعضهم يعرف، وفي ذلك بعض السعة.

ابن رُشْد: إن أشهد الرجل على نفسه جماعة يعرفه بعضهم، فلمن لا يعرفه منهم أن يضع شهادته عليه، وهو من ذلك في سعة لأمنه لمعرفة بعضهم أن يتسمى باسم غيره، وإن لم يعرفه أحد منهم؛ كره لهم أن يضعوا شهادتهم عليه خوف أن يتسمى باسم غيره، فيقر أنه باع داره من فلان، ثم يشهد على خطوطهم بعد موتهم، فتجوز شهادتهم، قاله الأخوان، فإن كتب شهادته على من لا يعرفه بالعين والاسم؛ لم يصح أن يشهد بها إلا على عينه، وكل هذا لا اختلاف فيه، فإن علم أنه لا يقف على عين المشهود له إذا غاب عنه؛ فشهادته لا نفع فيها، وإنما تسامح العلماء والخيار في وضع شهاداتهم على من لا يعرفونه بعين ولا اسم، سياسة في نفع العامة؛ ولئلا ينتبهون على؛ وهي شهادة من أوقع شهادته على من لا يعرف، فيجترئون على جحد الحقوق المنعقدة عليهم إذا علموا

أن الشهادة عليهم لا تصح إذا أنكروا، ففي جهلهم بالحقيقة في ذلك صلاح عظيم وتحصين للحقوق.

ولابن القاسم في المجموعة: من دعي ليشهد على امرأة لا يعرفها، ويشهد عنده رجلان أنها فلانة تشهد.

قال في سماع حسين بن عاصم في بعض الروايات: لا يشهد إلا على شهادتهما.

وقال ابن نافع: يشهد، ورواه ابن رُشْد الذي أقوله إن كان المشهود له أتاه بالشاهدين؛ ليشهد له عليها بشهادتها عنده أنها فلانة؛ فلا يشهد إلا على شهادتهما، وإن كان هو سأل الشاهدين فأخبراه أنها فلانة؛ فليشهد عليها، وكذا لو سأل عن ذلك رجلاً واحدًا يثق به أو امرأة؛ جاز له أن يشهد، ولو أتاه المشهود له بجماعة من لفيف النساء يشهدوا عنده أنها فلانة؛ جاز له أن يشهد إذا وقع له العلم بشهادتهن.

قُلتُ: قوله: (إن أشهد على نفسه جماعة)؛ يعرفه بعضهم، فلمن لم يعرفه منهم أن يضع شهادته عليه؛ ظاهره: أنه يشهد عليه، ولا يذكر معرفة ولا تعريفًا، وجرى العمل عندنا في هذا النوع أنه يذكر في الشهادة عليه ما نصه، وبمعرفته بالموجب وهي زيادة حسنة، وظاهر قول ابن رُشْد ولفظ السماع؛ أنه لا يشترط فيمن عرفه من الجمع بلوغ عدده ما يحصل العلم به؛ بل ظاهره: إن عرف منه اثنان أو واحد؛ كفى في ذلك، والأظهر تقييده بما يفيد العلم به بكثرة أو قرائن أو الظن القوي.

وفي أحكام ابن جدير: قال أَصْبَغ بن سعيد: شهدت محمد بن عمر بن لبابة يكتب شهادته على أقوام مجهولين لا يعرفهم، وفي الوثيقة من يعرفهم بأعيانهم وأسمائهم، فقلت له: كيف تكتب هذا، وأنت لا تعرف القوم؟ فقال: قد يتناصفون بينهم بالحقوق إذا رأوا شهاداتنا في كتابهم، فإن اضطروا إليها؛ لم نشهد إلا فيما نعلم، وقال به سعيد بن أحمد ابن عبد ربه: وهو مذهب أبي عمر الإشبيلي، ويحتج بقول ابن لبابة، ثم ذكر عن الأخوين، وابن عبد الحَكم مثل ما تقدم في السماع.

قال: وروى ابن القاسم، وابن نافع في المبسوطة فيمن دعي إلى الشهادة على امرأة وهو لا يعرفها: إنه إن شهد عنده عدلان أنها فلانة؛ فليشهد عليها.

قال ابن القاسم: هذا باطل، ولا يشهد عليها إلا وهو يعرفها بغير تعريفهما.

وقال ابن الماجِشُون: الذي قاله ابن القاسم هو الباطل، وكيف يعرف النساء إلا بمثل هذا؟

وسمع ابن القاسم في كتاب النكاح في الرجل عنده المرأة لا يعرفها غيره كابنة أخيه يريد أن يزوجها كيف يشهد عليها؟ قال: يدخل عليها من لا تحتشم منه، فيشهد على رؤيتها.

قال عيسى: قال لي ابن القاسم: قال مالك: وإن لم يعرفها الشهيدان.

ابن رُشْد: إن لم يوجد من يعرفها؛ فلا بد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه، فتسفر لهم عن وجهها يثبتوا عليها؛ ليشهدوا على عينها إن أنكرت أنها التي أشهدتهم، فإن وجد من العدول من يعرفها؛ لم ينبغ لمن لم يعرفها أن يشهد عليها، فإن شهد عليها مع وجود من يعرفها أو دونه؛ لم ينبغ لهم أن يشهدوا على شهادتهم عليها بالرضا بالنكاح؛ لاحتمال أنها لم تكن هي التي أشهدتهم، فيموتوا، ويشهد على شهادتهم، فيلزم نكاحًا لم يرض به؛ لأن شهادتهم على شهادتهم بذلك، كشهادتهم به عليها عند حاكم، والحقوق بخلاف ذلك.

قال مالك: لا يشهد الرجل على من لا يعرف، ومثله لأَصْبَغ في الخمسة قال: وأما الحقوق من البيوع، والوكالات، والهبات، ونحو ذلك؛ فلا يشهد عليها في شيء من ذلك، إلا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها، والفرق بين النكاح وغيره من الحقوق؛ أنه يخشى، وإن لم يشهدوا على شهادتهم في الحقوق أن يموتوا، فيشهد على خطوطهم، فتلزم باطلاً لم تشهد به على نفسها، وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على الخط إلا في الأحباس، وما جرى مجراها، فيستوي النكاح وغيره من الحقوق، ولا يكون على الرجل حرج في وضع شهادته على من لا يعرف في الحقوق، كما يضعها عليه في النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد استجاز ذلك العلماء قديمًا، وإن قيد في عقد إشهاد الوثيقة معرفة العين والاسم لما في ذلك من تحصين العقود دوامًا عند أداء الشهادة؛ فلا يحل للشاهد أن يشهد بإجماع إلا على من يثبت عليه، ويعرف أنه

هو الذي أشهده دون شك في ذلك ولا ارتياب.

وفي طرر ابن عات: ومن الاستغناء: عن ابن أيوب: وإذا كتب الرجل ذكر حق على من لا يعرفه الشهود؛ فالأحسن أن يكتب نعته وصفته، ويشهد الشهود على الصفة حيي أو مات أو غاب.

قال: وقد قال بعضهم: يكتب اسمه وقريته ومسكنه، ويجتزئ بذلك.

قال: والأول أحس؛ لأنه قد يتسمى الرجل بغير اسمه وغير مسكنه وموضعه.

قُلتُ: والذي عليه العمل عندنا أنه إن عين الشاهد من عرفه بالمشهود عليه؛ فإنها شهادة ساقطة، وصارت كالنقل عمن عرفه؛ ولذا يحترز بعضهم، فيكتب، وممن عرفه فلان.

وفي أول ترجمة من النوادر من الشهادات في المجموعة قال ابن كنانة: من شهد في صبي صغير ببيعه، ثم استحق بملك أو حريَّة، فقام مبتاعه بعهدته، وكتاب شرائه، فشهدوا أن الكتاب حق، ولم يعرفوا العبد الآن؛ لأنه كبر؛ فلا يقضى له بالثمن حتى يقطعوا أن هذا هو العبد المبيع في الكتاب.

وفي ترجمة الشهود في الزنا أو غيره هل يكشفهم الحكم؟ قال ابن القاسم في العتبيَّة والموازيَّة والمجموعة: من اعترف دابة أو رأسًا هل تجمع له دواب أو رقيق، وتدخل فيها، ويكلف الشهود إخراجها؟ قال: ليس ذلك على أحد في شيء، وذلك خطأ، ولكن إن كانوا عدولاً؛ قبلت شهادتهم.

محمد عن أَصْبَغ: وكذا النساء إن شهد عليهن، ولابن سَحنون عنه: لو شهدوا على امرأة بنكاح، أو إقرار أو براءة، وسأل الخصم إدخالها في نساء ليخرجوها، وقالوا: شهدنا عليها عن معرفتنا بعينها ونسبها، ولا ندري هل نعرفها اليوم، وقد تغيرت حالها، أو قالوا: لا نتكلف ذلك فلابد من أن يخرجوا عينها، وإن قالوا: نخاف أن تكون تغيرت عن حالها، قيل لهم: إن شككتم، وقد أيقنتم أنها بنت فلان، وليس لفلان إلا بنت واحدة من حين شهد عليها إلى اليوم؛ جازت الشهادة، وإن قالت البينة: أشهدتنا وهي متنقبة، وكذلك نعرفها، ولا نعرفها بغير نقاب، فهم أعلم بها تقلدوا إن كانوا

عدولاً وعينوها، كما ذكر قطع بشهادتهم.

وسأل حبيب سَحنونا عن امرأة أنكرت دعوى رجل عليها، فأقام عليها بينة، قالوا: أشهدتنا على نفسها، وهي متنقبة بكذا وكذا، ولا نعرفها إلا متنقبة، وإن كشفت وجهها؛ لم نعرفها.

قال: هم أعلم بما تقلدوا إن كانوا عدولاً، فقالوا: عرفناها، ونشهد عليها، ونقطع بشهادتهم.

ومن المجموعة: قال ابن كنانة: من شهد على امرأة بإقرار أو بيع، ثم قاموا بها، وشهدوا إلا أنهم لم يعرفوها بعينها، وعرفوا الاسم والنسب الآن، وقالوا: إن كانت فلانة بنت فلان؛ فقد أشهدتنا، قال: إن شهد غيرهم أنها فلانة بنت فلان مع شهادة هؤلاء الذين شهدوا على الحق والنسب والاسم؛ فليحلف رب الحق ويثبت حقه.

قال سَحنون في كتاب ابنه: أو يعرف أنه ليس لفلان ابنة غيرها.

قال ابن عبد السلام: جرت عادة شهود بلدنا أنهم يكتبون المعرفة، أو ما يقوم مقامها عندهم من التعريف، وإذا لم يكتبوا شيئًا من ذلك؛ دل على أن المشهود عليه عندهم معروف؛ ولهذا يعدون كتب المعرفة في الشهادة على الرؤساء من الجفاء.

قُلتُ: ليس في عزوه تمام الشهادة العريَّة عن ذكر المعرفة، والتعريف لشهود بلدنا حجة تامة، ويظهر من أقوال من تقدم في ذلك اختلاف تقدم.

المتيطي: إن تضمين الشهداء على خط غيرهم أن المشهود على خطه، كان يعرف من يشهد عليه بعينه واسمه شرط كمال لا شرط إجزاء، وهذا يقتضي أن ترك الشاهد ذكر المعرفة والتعريف لا يقدح في شهادته.

ومثله نقل ابن سهل في ترجمة من لم يعرف من الشهود إلا واحدًا في أول كتابه ما نصه: قال عبيد الله بن يحيى، ومحمد بن لبابة، ومحمد بن يحيى، ويحيى بن عبد العزيز في شهادة رجلين شهدا على شهادة عبد الرحمن: أن فلانة ابنة فلان أشهدتني، ولم يذكر في شهادته أنه عرفها بالعين والاسم والنسب؛ أن الشهادة تامة.

وقوله: (أشهدتني)؛ معرفة لا محالة، وتقدم لابن فتوح: أن التضمين المذكور في

الشهادة على الخط أنه شرط إجزاء؛ وهذا يقتضي أن ترك الشاهد ذكر المعرفة والتعريف، يبطل شهادته ويؤيده قوله: وإذا أشهد الشهداء على شهادتهم في وثيقة، سقط من عقدها معرفة الشهود لعين من أشهدهم، فهو خلاف الشهادة على معرفة الخطوط وذلك تام؛ لأن من أشهد على شهادته يحمل على أنه لم يشهد على شهادته، إلا وقد عرف المشهد، وروى ذلك بعض أهل العلم.

فإن قلت: تفرقته بين المشهد على شهادته، وبين الشهادة على الخط ترد ما تقدم من التمسك بمسألة ابن سهل؛ لأنها شهادة مشهد على شهادته.

قُلتُ: التمسك بمسألة ابن سهل هو من حيث تعليل قائلها بقوله، وقوله: أشهدتني معرفة لا محالة، فلم يعلل ذلك بما علله ابن فتوح، وهو كونه أشهد على شهادته، والأظهر أن الشاهد إن كان معلوم الضبط والتحفظ؛ قبلت شهادته، وإن لم يذكر معرفة ولا تعريفًا، وإلا ردت إلا أن يكون على مشهور معروف.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: وإذا شهدت بينة على امرأة زعمت أنها بنت زيد؛ فلا يسجل على بنت زيد.

قُلتُ: هذا الفرع لا أعرفه نصًّا في شيء من أمهات مذهبنا؛ وإنما وجدته نصًّا للغزالي في وجيزه قال: إذا قامت البينة على عين امرأة بدين، وزعمت أنها بنت زيد؛ فليس للقاضي أن يسجل على بنت زيد، وإن أقرت بالنسب، ولا إن أقامت بينة على أنها بنت زيد بغير تقدم ودعوى، لا تسمع على الصحيح؛ لكن على القاضي أن ينصب من يدعي على بنت زيد، وتنكر هي أنها بنت زيد، فيقام عليها البينة بالنسب، ثم إذا ثبت؛ سجل وتجوز هذه الحيلة للحاجة.

قُلتُ: فاقتصر ابن شاس على نقل أول هذا الكلام؛ لجريه على أصل مذهبنا في أنه لابد من معرفة الشاهد بنسب المشهود عليه أو التعريف.

وفي الواضحة عن الأخوين: ينبغي إذا سجل الحاكم حكمه أن يسمي الشهود، ولا يضره ترك تسميتهم إن كان مأمونًا، ولابد من تسمية من قضي له، ومن قضي عليه، فإن كانا معروفين؛ اجتزئ بالتسمية، وإن كانا مجهولين؛ زاد التحلية والصفة، وذكر

أنسابها ومتجرهما ومسكنهما.

وقال أَصْبَغ: إن لم يسم الشهود؛ فأحب إلي أن يبدله حتى يسميهم، فإن لم يفعل حتى مات أو عزل؛ مضى ذلك ونفذ، إلا أن يكون حكمًا على غائب.

قال: لما قدم وقيم عليه بالقضيَّة لو علمت البينة جرحتها، فهذا ترد عنه القضيَّة، ويؤمر بابتداء الخصومة.

وفي شرط شهادة غير السماع بقطع الشاهد بالعلم بالمشهود فيه مطلقًا وصحتها بالظن القوي فيما يعسر العلم به عادة طريقان: الأولى في المقدمات لا تصح شهادة بشيء إلا بعلمه، والقطع بمعرفته لا بما يغلب على الظن معرفته.

قال: والعلم ما يحصل بمجرد العقل فقط منه ضروري كعلم الإنسان حال نفسه من صحته وسقمه، وإيمانه وكفره، ويصح بذلك شهادته على نفسه، وبالعقل مع أحد الحواس الخمس: السمع، والبصر، والشم، والذوق، واللمس، والثالث: الخبر المتواتر، ومنه نظري؛ كشهادة خزيمة بن ثابت له ﷺ أنه اشترى الفرس من الأعرابي[1]، ولم يحضر شراءه مستندًا في ذلك للدليل الظاهر والبرهان الساطع، فإن قلت: حمله شهادة خزيمة على هذا الاعتبار، وجعلها مثالاً لأصل عام خلاف قول الأصوليين: إنها خاصة لا يقاس عليها حسبما ذكره الآمدي وابن الحاجب في شروط الأصل في القياس.

قُلتُ: جعل الأصوليين كونها خاصة هو من حيث الحكم لها، بحكم شهادة شهيدين لا من حيث الحكم لها بأنها شهادة شرعية.

قال: وكذا الشهادة بما علم من الأخبار المتواترة جائزة؛ كالولاء والنسب والموت، وولاية القاضي وعزله، وضرر الزوجين، وشبهه إذا حصل العلم بهذه الأمور والقطع بها.

الثانية للمازري، قال في قبول شهادة الشاهد بزوجية رجل امرأة برؤيته: حوزه

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3607) في الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، والنسائي: 302/7 في البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع.

إياها حوز الأزواج زوجاتهم، وإن لم يولد حين التزويج هذا نوع خارج عن شهادة السماع؛ وإنما يطلب فيه الظن القوي المزاحم للعلم اليقيني بقرائن الأحوال كالشهادة بالتفقير، بأن الشاهد يشهد به، ولا يقطع على صحة ما شهد به؛ لجواز أن يكون له مال أخفاه؛ لكن إذا بدت قرائن الفقر، والإعسار، والصبر على مضض الجوع، وأدرك ذلك بالمخالطة؛ صح التعويل عليه في الشهادة بقرائن الأحوال، وعلى هذه الطريقة.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: ويعتمد على القرائن المغلبة للظن في التعديل، وفي الإعسار، وضرر أحد الزوجين.

قُلتُ: وهذا الظن الناشيء عن القرائن؛ إنما هو كافٍ في جزم الشاهد بما به يشهد على وجه البت، ولو صرح في أداء شهادته للظن؛ لم تقبل إلا ما تقدم في التعديل من قوله: (أراه عدلا)، ولعله مراد ابن رُشْد، فتتفق الطريقان.

قال: ومنه الشهادة بالملك، فإنه لا يقطع به، وقول بعضهم يقطع به في صيد صيد بمعاينة شهيديه، وما غنم بمعاينتها معترض بجواز كونه يدعي قرب من ربه، وكون الغنيمة مال مسلم.

قُلتُ: وصوره بعضهم بملك مشتري لقطة بشهادة الشهيدين على التقاطها، وتعريفها سنة، وبيعها بإذن الإمام.

[باب شهادة السماع]

وشهادة السماع: لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين(1)، فتخرج شهادة البنت والنقل وفيها طرق.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (لقب) عبر الشَّيخ باللقب في الرسم هنا أيضًا لما قدمنا أن شهادة السماع لما كانت مركبة، ولها معنى إضافي، ومعنى لقبي فأتى بقوله: لقب في رسمها إشارة إلى تركيبها، وإنما لم يعرف المعنى الإضافي؛ لأنه جار على معنى لغوي، وليس له معنى عرفي استعمل فيه شرعا كما في المعنى اللقبي مثل ما قدمنا في بيوع الآجال، وبهذا ينفصل عن السؤال عليه في مواضع يتعرض للحد اللقبي والإضافي ومواضع يقتصر على اللقبي، وتقدم الكلام على اللقبي وأصله وإعرابه،

الباجي: قال القاضي: هي مختصة بما لا يتغير حاله، ولا ينتقل الملك فيه؛ كالموت، والنسب، والوقف المحرم، فيشهد على الموت بالسماع فيها بعد من البلاد ما قرب.

قُلتُ: بشرط أن لا يطول زمن تقدم الموت كالعشرين عامًا، ونحوها هذا لا تقبل فيه إلا البت، قاله بعض من لقيت، وهو صواب؛ لأنه مظنة البت كمن ببلد قريب.

الباجي: ما قرب، وكان ببلد الموت؛ إنما الشهادة فيه على البت؛ لحصول العلم بالسماع به المتواتر؛ كالشهادة، فإن نافعًا مولى ابن عمر كما قيل: قال لابن القاسم: يشهد أنك ابن القاسم، ولا نعرف أباك، ولا أنك ابنه إلا بالسماع.

قال: نعم، ثم حكى عن القاضي في قبول شهادة السماع في النكاح قولين بناء على اعتبار عدم تقييده إذا مات أحدهما، واعتبار جواز التنقل فيه، وفي نوازل سَحنون: أيشهد على النكاح بالسماع كالموت؟ قال: جل أصحابنا يقولون: إذا انتشر الخبر بالنكاح في الجيران أن فلانًا تزوج فلانة، وسمع الدفاف، وكثر به القول؛ جازت الشهادة به، وكذا في الموت يسمع النائحة، ويكثر القول في الناس شهدنا جنازة فلان؛ =

وكأنه قال: شهادة السماع لفظ مركب موضوع على معنى إلخ.

قوله: (لما يصرح) أي: قول يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غيره فاللقب صادق على لفظ الشاهد في شهادة السماع واسم له.

قوله: (من غيره) أخرج به ما صرح فيه الشاهد بعلمه، ومثاله قول الشهود سمعنا سماعًا فاشيًا من الثقات وغيرهم.

قوله: (من غير معين) ليخرج النقل عن المعين، ولذا قال: فتخرج شهادة البت والنقل فعلمنا من ذلك أن الشهادة المطلقة قد حدها بقوله: قول هو بحيث يوجب إلخ، وهي تنقسم إلى بت، ونقل وسماع ثم إن شهادة السماع لها شروط والحد للصحيح فيها، والفاسد؛ أي: الشهادة المعمول بها وغيرها، ولا يعترض على الشَّيخ بذكر الشاهد في حد شهادة السماع؛ لأنه قد عرف رسم الشهادة المطلقة فعرف منها الشاهد، وذكر السماع في الرسم فيه خلل ولا مسامحة.

(فإن قلت): إذا عرف الشهادة المطلقة فهلا عرف كلا من أصنافها من بت، ونقل وسماع فيذكر الجنس، وهو القول، ويذكر خاصة من الأصناف.

(قُلتُ): هذا الجاري على ما قدمه في مواضع، وكذا الشهادة على الخط حقه أن يعرفها، وهي شهادة وانظر ما ذكرنا في النقل مع هذا والله أعلم.

جازت الشهادة بالموت. وإن لم يحضره، وكذا النسب يسمع كثرة قول الناس فلان بن فلان، وأن يشهد على نسبه، وكذا ولاية القاضي بما يسمع من الناس، وربما رآه يقضي هذه الأربعة تجوز فيها الشهادة على السماع.

ابن رُشْد: تجوز الشهادة في هذه الأربعة على القطع من جهة السماع إذا أفاد العلم باستفاضته، وكذا غير الأربعة؛ لأن الأخبار المتواترة تفيد العلم فيما طريقه العلم، وغلبة الظن فيما طريقه غلبة الظن؛ كالتعديل والترشيد.

وقوله: (جل أصحابنا)؛ يدل أن منهم ما يقول ذلك، ولا خلاف فيه؛ إنما الخلاف في شهادة السماع دون قطع كقوله: سمعنا سماعًا فاشيًا من غير أهل العدل وغيرهم كذا.

قيل: لا تصح في هذه الأربعة، ولا في غيرها، وهو قول ابن القاسم لقوله في المدَوَّنة: شهادة السماع لا يثبت بها النسب، ولا الولاء، ويقع له بالمال دون ثبوتها، ولم يرها عاملة في الحبس إلا مع القطع بمعرفته؛ فإنها تحترم بحرمة الأحباس، ولا في الشراء المتقادم إلا مع الحيازة، والثاني: جوازها في الأربعة وغيرها، وهو دليل حكاية ابن حبيب: جواز الشهادة على السماع في الملك دون الحيازة، وهو قول سَحنون في غير الجل؛ لأن معنى قوله: إن الجل يقولون: لا تجوز الشهادة في هذه الأربعة على السماع دون قطع؛ إنها تجوز فيها على القطع؛ لأن شأنها أن تستفيض حتى تصح الشهادة فيها على القطع، وغير الجل يجيزون الشهادة في الأربعة على السماع دون قطع، كما يجيزون ذلك في غيرها، والرابع: أنها تجوز في هذه الأربعة لا في غيرها عكس الثالث، ومضى في آخر رسم الأقضية من سمَاع يحيى الخلاف في شهادة السماع في النكاح.

قُلتُ: الذي تقدم له فيه هو قوله: إذا كانت المرأة بائنة منقطعة عن من تقارب معه على النكاح، ولا بينة على أصله، وليسا بطارئين فقيل: لا ميراث بينهما، وإن طال ذلك، وفشا ذكره في الجيران، وهو ظاهر قول ابن القاسم، وأشهب في هذا السماع، وهو بعيد؛ لأن النكاح مما يصح فيه شهادة السماع إذا مضى من الزمان ما تبيد فيه الشهود على اختلاف في حد ذلك، وقيل: يتوارثان إذا طال الزمان، وفشا ذكره في الجيران، فشهدوا

فيه بالسماع، وهو قول ابن وَهْب في هذا السماع؛ يريد مع طول الزمان الذي تبيد فيه الشهود فالخلاف إنما هو إذا طال الأمر، وشهد الشهود العدول فيه على السماع لا على القطع من ناحية السماع، ويحتمل أن يكو ن قول ابن وَهْب في السماع المفيد القطع، وقول ابن القاسم وأشهب في السماع القاصر عن القطع، فيرجعان إلى الوفاق، ويحتمل رجوع الخلاف بينهما إلى حد الطول الذي تجوز فيه شهادة السماع.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من افتدت من زوجها، ثم قامت بينة تشهد بالسماع أن زوجها كان يضربها، أيجوز في هذا شهادة السماع؟ قال: نعم، من يشهد في مثل هذا إلا بالسماع يسمعه الرجل من أهله، ومن الجيران، وشبه ذلك؛ فيكون فاشيًا فيجوز.

قُلتُ: يجوز فيه شاهدان على السماع.

قال: السماع ليس في مثل هذا، والأمر المعروف أحب إلي، وعسى هذا أن يجوز، فأرى أن يجوز، ولا حلف عليها، ولو شهد لها شاهد واحد على القطع أنه كان يضربها ويضيق عليها؛ حلفت معه، ورد عليها ما أخذ منها.

ابن رُشْد: إجازته شهادة السماع في ضرر الزوج دون يمين خلاف أصله في المدَوَّنة، في أنها لا يثبت بها نسب، ولا ولاء؛ إنما يستحق بها المال مع يمينه، واختياره ألا يكتفي في ذلك بشاهدين مراعاة لقول ابن الماجِشُون: أنه لا يجوز في شهادة السماع أقل من أربعة، وقول أَصْبَغ: إن لم يكن مع الشاهد على البت غيره حلفت معه، ولو كان معه سماع قاطع، أو منتشر غير قاطع؛ ردت عليها العطية والوضيعة، يدل على أنه أنزل السماع منزلة شاهد آخر على البت، فلو انفردت على مذهبه شهادة السماع؛ لم يستحق بها المال دون يمين.

فقوله: على قياس قول ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة.

الباجي: وقد قال مالك: يقطع بشهادة السماع في الولاء والنسب والصدقات، التي طال زمانها، والصدقات تكون على غير وجه الوقف.

ولابن حبيب عن الأخوين عن مالك: تجوز فيما تقادم عهده، والأشربة، والحيازات، والصدقات، والأحباس، وشبهها.

المتيطي: قال ابن الهندي: إن شهد بالضرر صالحات النساء، والخدم اللواتي يدخلن عليهن؛ جاز ذلك.

قُلتُ: الرق مانع من الشهادة في الذكور؛ فأحرى في النساء، وصرف ذلك للخبر يؤدي إلى حكم الحاكم بعلمه.

المتيطي: قال ابن الهندي في نسخته الكبرى: غمز بعض أهل عصرنا شهادة السماع على الضرر، واختار الشهادة على معرفة الضرر، وقد غمز ابن القاسم هذا الذي اختاره وكرهه، وعلله من جهة القطع على أمر لا يعرف إلا بالاستفاضة والسماع؛ لأن الشهود لا يسكنون مع الزوجين، وإنما هو عندهم بلاغ، فترك الغامز العمل بها استحسان.

ابن القاسم: وأجاز ما كرهه، ويجب إذا ثبتت المسألة رواية، ألا ترفع إلا برواية أثبت منها، وهذه المسألة من الثماني عشر مسألة التي تجوز شهادة السماع فيها؛ منها: الأحباس المتقادمة، والأشرية المتقادمة، والنكاح، والأنساب، والولاء، والميراث، والموت، وولاية القاضي، وعزلته، والعدالة، والتجريح، والإسلام، والكفر بالله، والرضاع، والترشيد، والتسفيه، وفي بعض هذا نزاع، وأما العتق؛ فالأكثر لم ينصوا عليه بعينه فيها، وهو عندي لاكتفائهم بذكر الولاء عنه؛ لأنه مهما ثبت؛ ثبت العتق، ومهما ثبت العتق؛ ثبت الولاء، ومهما انتفى أحدهما؛ انتفى الآخر، وما أثبت أحد المتساويين في اللزوم؛ أثبت الآخر.

وقال المازري: ضبط عبد الوهاب ما تجوز فيه شهادة السماع بما لا ينقل ولا ينتقل، وقبله هو والباجي منه، ثم قال المازري: اختلف الناس في العتق؛ منهم من لم يثبته بها، ومنهم من أثبته بها؛ لأنه مما لا يتغير ولا يبقى.

قُلتُ: وهذا مع ضابط عبد الوهاب ينتج أنه يثبت بها وهو الحق، ونحوه قول ابن عبد السلام: منهم من ألحق العتق بما يثبت بالسماع.

قُلتُ: وللخمي ما نصه بعد قوله: القسامة تصح بستة أوجه، وبالسماع المستفيض.

قال ابن القاسم: مثل ما لو أن رجلاً عدا على رجل في سوق علانية مثل سوق

الأحد، وشبهه من كثرة الناس، فقطع كل من حضر عليه الشهادة، فرأي من أرضى من أهل العلم أن ذلك إذا كثر هكذا، وتظاهر بمنزلة اللوث.

قُلتُ: وينسب للقاضي ابن رُشْد في عددها نظم هو:

أيا سائلي عما ينفذ حكمه ويثبت سمعا دون علم بأصله
ففي العدل والتجريح والكفر بعده وفي سفه أو ضده ذاك كله
وفي البيع والأحباس والصدقات والر ضاع وخلع والنكاح وحله
وفي قسمة أو نسبة أو ولاية وموت وحمل والمضر بأهله

واستدرك فيها ولده فيها، فقال:

ومنها الهبات والوصية فاعلمن وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة ومنها إباق فليضم لشكله
فدونكها عشرين من بعد سبعة تدل على حفظ الفقيه ونبله
أبي نظم العشرين من بعد واحد فأتبعتها ستا تماما لفعله

قال ابن هارون: واستدرك عليها الملا، والعدم، والأسر.

وقال اللخمي: تجب القسامة في القتل مع شهادة السماع، فقلت: تتميمًا لذلك المقال، ونسجًا على ذلك المنوال:

وفي اليسر والإعسار سمع مقرر وفي الأسر يروي من يقوم بنقله
أبو الحسن اللخمي قال مقسم ولاة قتيل بالسماع لقتله

قلت: وتقدم لي نظم لما ذكر المتيطي في خمسة أبيات هي:

شهادة ظن بالسماع مقالتي لما عد متيطيهم في النهاية
فوقف قديم مثله البيع والولا وموت وارث والقضا كالعدالة
وجرح وإنكاح وكفر وضده ورشد وتوسيخه وعزل ولاية

وإضرار زوج والرضاع وفي النسب   نفاس حكى اللخمي لوث قسامة
وقد زادنا الكافي سماع تصرف   وإنفاق ذي إيصاء أو ذي نيابة
وتنفيذ إيصاء لعشر وضعفها   سنين ابن زَرْب زاده في مقاله

قلت: وما نسبوه للقاضي، وابن رُشْد بعيد من لفظه في البيان؛ ولذا قال ابن عبد السلام: لست أدخل تحت عهدة صحة نسبة القطعتين إلى من ذكر، والبيت الثاني لابن هارون وجدته بخطه كتبين الأول ما تقدم، والثاني: أبو الحسن اللخمي يقسم قائل إلخ.

وفي الوثائق المجموعة: وتجوز على السماع في الحمل، والولادة، والرضاع.

ابن عات: وكذا في الأنساب إذا نفي من نسبه، ذكره ابن عبد الغفور، وتثبت في الحمل، والرضاعة، قاله ابن رُشْد في سمَاع حسين بن عاصم في الشهادات في بعض الروايات.

وفي الكافي: جائز أن يشهد أنه لم يزل يسمع أن فلانًا كان في ولاية فلان، يتولى النظر له بالإنفاق عليه بإيصاء أبيه إليه، أو تقديم قاض عليه، وإن لم يشهده أبوه، ولا القاضي بالاستفاضة من أهل العدل والرضا وغيرهم.

وفي مفيد الحكام لابن هشام: أفتى ابن زَرْب في وصي قامت له بينة بعد ثلاثين سنة على تنفيذ وصية أسندت إليه بالسماع من أهل العدل والثقات: أنها جائزة.

الباجي: وشرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم وإلا لم تصح، قاله ابن حبيب عن الأخوين، وقاله محمد قالا: ولا يسموا من سمعوا منه، فإن سموا خرجت عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأَصْبَغ.

وفي اشتراط العدالة في المسموع منهم: ثالثها: إلا في الرضاع للمازري عن نقل محمد، مع قول ابن حبيب قائلاً: سمعوا سماعًا فاشيًا من العدول وغيرهم، وظاهر لفظها مع غيرها، وحسين بن عاصم عن ابن القاسم.

المازري: لعله إنما استثنى الرضاع في النقل عن شهادة امرأتين عدلتين، ويشترط في شهادتهما الفشو، والانتشار، والفشو لا يشترط فيه النقل عن العدول؛ لأن التواتر يفيد العلم، ولو لم يكن المخبرون مسلمين.

الباجي: يحتمل أن يشهد عدلان بعلمهما ذلك بالخبر المتواتر الذي لا يراعى فيه عدالة ولا إسلام، أو يريد شهادة النساء على فشو ذلك مع شهادة امرأتين على الرضاع.

وأفتى ابن رُشْد بصحة شهادة السماع من لفيف الرجال والنساء، وإن لم تبن عدالتهم بناء زوج مثله؛ ليثبت إحلالها.

ابن فتوح: شهادة السماع لا تكمل إلا بأن يضمن فيها أهل العدل، وغيرهم على هذا مضى الناس، وليس يأتي آخر هذه الأمة بأفضل مما جاء به أولها.

قُلتُ: فلو اقتصر على كون السماع من أهل العدل دون تسميتهم؛ ففي صحتها نقل الشَّيخ عن محمد عن أَصْبَغ مع ظاهر نقل ابن فتوح عن المذهب، ونقله عن بعضهم: أنها ليست شهادة سماع؛ وإنما هي نقل، فيفتقر فيها لتسمية الشهود، ولو اقتصر على كونه من عموم الناس دون ذكر العدول؛ ففي صحتها فيما لا يخرج به من يد نقلا اللخمي قائلاً: وهي فيما يخرج به مريد لغو اتفاقًا، وأفتى بعض قضاة شُيُوخ بلدنا بلغو شهادة السماع بالموت في تقدم موت ميت على آخر بينهما إرث، وأظن أنه عزاه لفتوى بعض القرويين في موتى بقتل كان نزل بتونس لفتنة نزلت بأهلها أيام كونها تحت إمرة أمير إفريقيَّة بالقيروان، وهو ظاهر قولها في كتاب الولاء: من ماتت امرأته وابنه فقال: ماتت امرأتي قبل ابنها، وقال أخوها: بل بعده، قال: لا يرث الموتى بعضهم من بعض إلا بيقين.

وفي شرطها في الحبس بمعرفة البينة حوزه حوزها واحترامها المذكور في نقل ابن فتوح مع غيره عن المذهب: إن سقط من العقد معرفتها؛ سقطت الشهادة، ولم يقض بها مع قول ابن عات.

وقع لابن رُشْد في مختصر الحريرية: أنه إذا لم يشهدوا أنها تحترم بحرمة الأحباس إلا على السماع؛ فليست بشهادة عاملة، ونقل ابن عات عن أحكام ابن سهل،

وكتاب الاستغناء.

قلت في أحكام ابن سهل ما نصه: كيفية شهادة السماع في الأحباس: أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا، وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ ثلاثين سنة أو عشرين سنة سماعًا فاشيًا مستفيضًا من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار، وهذا الملك حبس على مسجد كذا، أو على المرضى بحاضرة كذا، أو على فلان، وعقبه أو حبس لا غير، وإن لم يشهدوا بسبيله، وأنها كانت محترمة بحرمة الأحباس، ويحوزوها بالوقوف إليها، والتعيين بها كذا جرى العمل في أداء هذه الشهادة.

وقال ابن القاسم في سمَاع عيسى: إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس؛ جازت شهادتهما، وكانت حبسًا على المساكين إن كان لم يسم أحدًا.

قُلتُ: قال ابن رُشْد: إجازة ابن القاسم شهادة السماع في هذه المسألة خلاف مذهبه في المدَوَّنة قال فيها: لا تجوز شهادة السماع في الحبس إلا مع القطع بأنها تحترم بحرمة الأحباس، وهو على أصله أنه يقضي بشهادة السماع في المال، ولا يثبت بها نسب ولا ولاء.

قال ابن عبد السلام: قال بعض الأندلسيين: لو شهدوا على أصل الحبس بعينه؛ لم يكن حبسًا حتى يشهدوا بالملك للمحبس يوم حبس، وتجوز شهادتهم على السماع، ولا يسمون المحبس، ولا يحتاج إلى إثبات في ملك.

قُلتُ: اقتصاره على هذا النقل يوهم أنه المذهب، أو مشهوره، أو المعمول به، وليس كذلك.

قال المتيطي ما نصه في عقد الإشهاد: شهد بذلك من يعرف بملك المحبس فلان الملك المحبس، وأن ملكه لم يزل عنه بوجه إلى أن عقد فيه التحبيس المذكور في علمه.

قال: وإن لم يعرف الشهود الملك؛ أسقطت ذكره من العقد، ولا تغفل أن تبين كيف قسم الحبس على السوية أو التفضيل.

قُلتُ: ومثله لابن فتوح في وثائقه المجموعة وغيره.

وفي ترجمة الشهادة في الحبس على السماع من طرر ابن عات: إذا شهدوا في عبد أنه

حر معتق، فإن كشفوا اسم من أعتقه؛ أعذر إليه أو لوارثه وجوبًا، وإن قالوا: هو حر معتق، ولم يزيدوا على هذا؛ تمت الشهادة، ولم يكشفوا عن أكثر، قاله ابن مالك في الأول لابن سهل.

وفيها: من أقامت بيده دار خمسين سنة أو ستين، ثم قدم من كان غائبًا، فادعاها، وثبت الأصل له أو قام بينة أنها لأبيه أو جده، وثبتت المواريث حتى صارت له، فقال من هي في يده: اشتريتها من قوم قد انقرضوا، وانقرضت البينة، وأتى ببينة يشهدون على السماع؛ فالذي نفعه أن يشهد قوم أنهم سمعوا أن الذي بيده الدار، أو أحد من أقاربه ابتاعها من القائم، أو من أحد من أقاربه، أو ممن ورثها القادم عنه، أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا بذلك يقطع حق القائم فيها، وإن أتى الذي بيده الدار ببينة يشهدون أنهم سمعوا أن الذي بيده الدار، أو أحد من آبائه ابتاعها، ولا يدرون ممن لم ينفعه ذلك.

عياض: قوله: إن كان المدعي حاضر البلد الذي الدار به، وحيزت عنه السنين؛ فلا حق له، وإن كان إنما قدم من بلد آخر، فأقام البينة أنها دار أبيه أو جده وثبتت المواريث سئل الغالب؛ ذهب بعض الشُيُوخ إلى أن الحاضر المذكور لا يلزم من الدار بيده كشفه، ومن أين صارت له؟ واحتج بقول مالك فيها، وفي المسألة التي قبلها، وبقول عيسى بن دينار: من الدار بيده أحق إذا ادعاها لنفسه بأمر لا يريد أن يظهره.

وسمع عيسى ابن القاسم: الحيازة تبطل دعوى من ترك شيئه؛ يحاز عنه، وهو حاضر، وبهذا أفتى ابن أبي زَمَنَيْن، وخالفه غيره، وأفتى بتوقيفه للحاضر، كما يوقف للغائب إذا أثبت القائم ملكه، ويكشفه من أين يصير له؟ لعله يقر بما ينتفع به.

قُلتُ: فعلى الأول لا تسمع دعوى الغائب بمجرد دعواه غيبة، وهو ظاهر قول ابن محرز حيث قال في تعقبه: تقديم البينة بالملك على البينة بالحوز؛ لأنها أرخت، وبينة الملك؛ لم تؤرخ، فإن قيل: إنما كانت أولى؛ لأنه أخبر أن المحوز عليه كان غائبًا في تلك المدة، فعلم من ذلك أن الشهادة بالملك أقوم من الشهادة بالحوز.

قيل: إنما يكون كذلك لو كانت الغيبة؛ إنما علمت من الذين شهدوا بالملك، وليس في المسألة ما يدل على ذلك؛ لأنه يحتمل أن تكون الغيبة عرفت بغير شهادتهم.

المازري: إنما قال: تنزع الدار من يد حائزها ببينة الملك؛ لأنها تقارب القطع، فهي أقوى في الدلالة على الصدق من دلالة الحيازة، إلا أن يقيم الحائز البينة المذكورة على السماع؛ فإنها تقر بيده؛ لأنه اجتمع له دليلان الحيازة، وبينة السماع، ودليلان أقوى من دليل واحد.

ابن زرقون وغيره: لا تجوز شهادة السماع إلا لمن كان الشيء بيده، ولا يستخرج بها من يد حائز.

ولابن حبيب عن الأخوين وابن القاسم وأَصْبَغ: ما يقتضي أنه يستخرج بها من اليد.

قُلتُ: لم يحك المازري غير الأول ثم قال: لو كان المتنازع فيه عفوًا من الأرض ليس بيد أحد؛ لكان المذهب على قولين في تمكينها لمن قام فيها بشهادة سماع.

قُلتُ: زاد اللخمي: يقضى بها لمن شهد له به السماع بعد يمينه على قول ابن القاسم، ودون يمين على قول أشهب؛ كالسماع على الولاء والنسب.

وفيها: لو أقام الحائز بينة يشهدون على السماع أن أباه ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمس سنين ونحوها؛ لم ينفعه ذلك، وإنما شهده السماع في بعيد الزمان.

الباجي: إذا قلنا: تختص بما تقادم؛ فلابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ: تجوز في خمس عشرة سنة، ونحوها لتقاصر أعمار الناس.

وروى ابن القاسم: لا تقبل في خمس عشرة سنة شهادة على السماع إلا فيما تقادم.

ابن زرقون: ظاهر المدَوَّنة في الأربعين سنة، ولابن القاسم في العشرين، وقيل: إن كان وباء؛ قبلت في أقل من ذلك.

قُلتُ: ففي حد الطول خمس مقالات.

الأخوان: خمس عشرة ونحوها.

ابن القاسم: لا تقبل فيها؛ بل فيما تقادم.

ابن زرقون: عن ظاهرها: أربعون سنة.

ابن القاسم: عشرون.

نقل ابن زرقون: إن كان وباء، فأقل من ذلك، ونقل المازري قول الأخوين خمسة عشر لا بزيادة ونحوها.

قال ابن الحاجب: وتجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات في الملك، والوقف والموت للضرورة؛ بشرط طول الزمان وانتفاء الريبة، فحمله ابن عبد السلام على ظاهر إطلاقه إنما هو في الوقف، والملك، والصدقة، والأشرية القديمة، والنكاح، والولاء، والنسب، والحيازة جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان، وأما في الموت فيشترط فيه تنائي البلدان، أو تقادم الزمان.

قلتُ: مقتضى الروايات والأقوال أن شهادة السماع القاصرة عن شهادة البت في القطع في المشهود به، يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع، والبت به عادة، وإن أمكن عادة البت به لم تجز فيه شهادة السماع، وهو مقتضى قول الباجي.

أما الموت فيشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، وأما ما قرب أو ببلد الموت، فإنما هي شهادة بالبت.

وقد شهدت شيخنا القاضي ابن عبد السلام، وقد طلب بتونس منه بعض أهلها إثبات وفاة صهر له مات ببرقة قافلًا من الحج، فأذن له فأتاه بوثيقة بشهادة شهود على سماع لوفاته على ما يجب كتبه في شهادة السماع، وكان ذلك بعد مدة يتقرر فيها بت العلم بوفاته والقطع بها، وأظن أن ذلك كان منه نحو من ثمانية أعوام، فرد ذلك، ولم يقبله.

ولحوق الريبة فيها يبطلها:

الباجي مع الشَّيخ عن المجموعة لابن القاسم: إذا شهد رجلان على السماع، وفي القبيل مائة من أسنانهم لا يعرفون شيئًا من ذلك، لم تقبل شهادتهم إلا بأمر يفشو، ويكون عليه أكثر من اثنين، إلا أن يكونا شخصين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما.

وفي شرط تمامها بيمين المشهود له بها طرق فيها في مسألة الغائب يقدم أن شهادة السماع للحائز يقطع حق القائم عليه، فظاهره دون يمين، وتقدم نقل اللخمي قولي ابن القاسم وأشهب في مسألة العفو من الأرض.

وقال ابن محرز: لا يقضى لأحد ممن يقضى له بشهادة السماع إلا بعد يمينه؛ لأن السماع يحتمل كونه عن شاهد واحد، والشاهد الواحد لا يقضى به إلا مع يمين الطالب.

وعزا ابن الحاجب هذا للتونسي، وقبله ابن عبد السلام، ولا أعرفه لابن محرز وعنه نقله ابن شاس.

[باب تحمل الشهادة]

التحمل عرفًا: علم ما يشهد به بسبب اختياري[1]، فيخرج علمه دونه كمن قرع

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (التحمل) في اللغة يطلق على الالتزام؛ لأنه التزم أداء ما علمه، وفي عرف الشرع معناه علم ما يشهد به، وهو مأمور به شرعًا؛ لأنه يطلب منه أن يعلم ما يشهد به لا على سبيل الوجوب بل من الإعانة على الخير والبر إن قام الغير بذلك، وإلا فهو فرض كفاية، ولو قال تحصيل علم ما يشهد به لكان أولى؛ لأن التحصيل يناسب التحمل والتعبير بالعلم يدل على أنه لا يجوز مع غيره من شك أو وهم، وقد يكون علمًا قطعيًا، وقد يكون فيه غلبة ظن، وقد ذكروا من ذلك مسائل فعلى هذا التعبير هنا بالعلم المراد به الاعتقاد، وقد يحصل العلم القطعي بقرائن، وقد يحصل غلبة الظن كذلك.
(فإن قلت): كيف يصح ما ذكرته، وقد قال ﷺ: (الشهادة كالشمس) وإلا فدع والتشبيه يدل على القطع.
(قُلتُ): التشبيه يدل على وضوح المشهود به وتمييزه، وأنه ليس فيه شك لا على خصوصيَّة ما وقع في المشبه به من العلم في عين اليقين، ولو فهم على ذلك لبطلت شهادات كثيرة كالشهادة بالقيمة، والشهادة العرفيَّة كالأنماط وغيرها والحيازات والملك.
(فإن قيل): تفسير التحمل بعلم ما يشهد به يقتضي أنه لا يتحمل، ويصح التحمل إلا إذا حصل العلم حين تحمل المتحمل، وقد قال ابن رُشْد: إن التحمل يتسامح فيه فقد يشهد فيه على من لا يعلم، ولا يقع الأداء إلا فيما يعلم فكيف صح ما ذكره الشَّيخ هنا مع هذا (قُلتُ): ما ذكره الشَّيخ هو الأصل، وإنما أجازوه تشديدًا على المشهود عليهم لكن ما ذكره الشَّيخ في حد الأداء بعد فيما ظهر لنا جار على كلام ابن رُشْد فهو ينافر ما هنا فانظره بعد قوله: (بسبب اختياري).
قال الشَّيخ: يخرج عنه علمه دون اختيار كمن قرع سمعه صوت مطلق من غير اختيار، فإنه لا يسمى تحملًا، والعلم جنس، وقوله: (ما يشهد به) فصل أخرج به ما لا يشهد به كالعلم بأمور

ليست متعلقة بشهادة.

(فإن قلت): هل يناقش الرسم المذكور بمثل قول: أشهد أن لا إله إلا الله، وما شابهه إذا علم ذلك بسبب من نفسه؛ لأن الذي وقعت فيه الشهادة العلم بالتوحيد والعلم بالتوحيد سبب اختياري، وشهد به فيصدق على مثل ذلك العلم الرسم المذكور.

(قُلتُ): لا يصح ورود مثل ذلك فيما يظهر لقرينة تخرجه، وهي تحمل ما يؤديه عند قاض من حقوق لله أو لغيره، وفيه نظر، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

وقوله: (باختياره) يدخل فيه شهادة المختفي وغيره.

(فإن قلت): قد ذكر الشَّيخ قبل هذا عن ابن رُشْد أنه لا حرج على الشاهد في وضع شهادته على من لا يعرف عند تحمله، وأما عند أدائه فأجمعوا على أنه لا يؤدي إلا بما علم من غير شك في المشهود عليه، وإذا صح ذلك فقد قال الشَّيخ هنا: (التحمل علم... إلخ)، ومن جملة ما تحمل به العلم بالمشهود عليه، ولم يوجد في هذه الصورة.

(قُلتُ): هذا لا بد منه، والتحقيق ما ذكره الشَّيخ من أن الشاهد لا بد أن يعتمد فيما جرى به العمل على ما يحصل به العلم أو الظن القوي، وما ذكره ابن رُشْد إنما هو عن بعض الفقهاء، ولذلك ذكروا أوجها يصح اعتماد الشاهد عليها وأوجها لا يصح الاعتماد عليها، فإذا قال: عرف به فلان فلا يصح اعتماد الشاهد على ذلك، والعمل على سقوطها، وصارت كالنقل، ويصح أن يقول: وممن عرف به فلان، وكذا إذا قال: وعرف به ولم يعين المعرف لا يصح، وأما إن قال: وتقرر التعريف به، فإنه عامل، وكذا إذا قال: وبمعرفته بالموجب، فإنه صحيح عندهم في عرفهم، وكذا إذا قال الشاهد: يعرفه المعرفة التامة، وكذلك إذا أسقط التعريف والمعرفة رأسا، فإنه يحمل على العلم به، وربما كان ذكر المعرفة هجنة، وكذا إذا كان معروف العين والاسم والشهرة، وقد سأل الشَّيخ الأعدل الفقيه القيام شيخه الشَّيخ الإمام سيدي أبا القاسم: عن الفرق بين هذه الألقاب في سؤال طويل، وجاوبه الشَّيخ: بما الحاصل منه، ويحتاج إليه هنا أنه إذا قال: وبمعرفته بالموجب أن الموجب بكسر الجيم، وأن ذلك يقوله الشاهد فيمن عرف عينه واسمه وجهل نسبه ومسكنه، ووقع التعريف به في ذلك، وذكر ذلك تقوية، فإن كان مشهورًا فلا يحتاج إلى حضوره، وإن لم يكن مشهورًا فلا بد من الإشهاد على عينه حين الحكم.

قال الشَّيخ: وإن عين المعرف فهو نقل شهادة، وإن لم يعين فاختلف في قبولها ذكر ذلك في الطرر قال: وكان الشَّيخ الإمام يقول قبول ذلك مخالف للرواية عن مالك.

قال الشَّيخ: وأظن أني رأيت اللخمي مثل ما في الطرر، ثم أطال في جوابه فقف عليه ففيه فوائد والتحمل المذكور المحدود فرض كفاية بخلاف أداء الشهادة، فإنه فرض عين.

قال مالك: أما قبل أن يشهد الشاهد فهو في سعة إن كان، ثم من يشهد، وكذلك قال ابن رُشْد: قال:

أذنه صوت مطلق، ونحوه من قول يوجب على قائله حكمًا، فالمعروض للتكليف به الأول لا الثاني، وهو فرض كفاية.

الشَّيخ في المجموعة عن مالك: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة:

ومن أوجب الشهادة على كل من دعي إليها، واستدل بالآية فليس بصحيح؛ لأن الشاهد لا يسمى شاهدا إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة، ولنشر هنا إلى ما تتم الفائدة به من كلام الشَّيخ في بحثه، ورده على شيخه وغيره باختصار فبعد ذكر كلام ابن رُشْد ذكر كلام شيخه، وأن الآية تحمل على الحقيقة أولى من حملها على المجاز؛ لأن حملها على الأداء حقيقة، وحملها على التحمل مجاز، وأورد ذلك سؤالًا يرجح به قول من حمل الآية على الأداء، ثم ذكر كلام القرافي في الجواب عن ذلك، وهو بعض الحذاق المذكورين، وأن المشتق إنما يعقل فيه ما ذكر إذا كان محكومًا به، وأما إن كان متعلق الحكم فلا، ويكون حقيقة كقوله: اقتلوا المشركين، وهنا هو متعلق الحكم فهو حقيقة فيما حصل، وفيما سيحصل للشاهد قال الشَّيخ: قوله: (فالشاهد في هذا الموضع... إلخ) وهم نشأ عن عدم تحقيق فهم كلام من عبر عنه ببعض الحذاق، وهو القرافي ثم ذكر نص القرافي، والحاصل أنه فهم عن شيخه أنه فهم عن القرافي أن المشتق إذا كان متعلق الحكم يكون إطلاقه حقيقة على الذات من غير تفصيل، وأنه لا يشترط في صدق المشتق على مسماه إذا كان متعلقًا حصول المعنى بالفعل في الذات التي أطلق عليها في وقت الحكم ولا قبله ولا بعده.

قال: وهذا إن أراده القرافي فهو وهم منه معه، ولا يصح ذلك الفهم؛ لأنه لو صح ذلك لزم ثبوت الحكم بالقطع في السرقة، والجلد بالزنا بمجرد تهيئه بالاتصاف بالسرقة والزنى، وهذا باطل إجماعًا. وبيان الملازمة ظاهر مما ذكر؛ لأن التهيؤ للزنا حاصل.

قال الشَّيخ: وقول القرافي وكل من تحدث على المسألة يذكرها عمومًا، وهو باطل.

قال الشَّيخ: كل من ذكرها فيما علمت كالفخر والسراج والآمدي وغيرهم ممن له مشاركة في المنطق تدل على القطع بإحاطتهم بتحقيق صدقيَّة العنوان على الموضوع، وأن ذلك بالفعل لا بالقوة خلافًا للفارابي فلعلهم إنما لم ينبهوا على ذلك اتكالا منهم على ما حققوه في صدقيَّة العنوان، وقد ذكر الشَّيخ ذلك في كتابه الأصلي، وقال قول القرافي فائدة جليلة هي عندي مجهلة مضلة.

(فإن قلت): هنا لم يقطع عنه بكونها مجهلة؛ لأنه قال: ظني به وفهم عنه ما أصلح به قاعدته.

(قُلتُ): لما كان في كلامه إيهام في محل الإفهام حتى اعتنى به من اعتنى حسن منه ما ذكر في غير هذا.

هذا خلاصة كلامه، ومعناه، وكان بعض أشياخنا يذكر هنا بحثا يطول جلبه، والله سبحانه الموفق للصواب بمنه.

282]، إنما هو من يدعى للشهادة بعد أن شهد، ومثله لابن حبيب عن رواية مُطَرِّف.

قال مالك في المجموعة: وأما قبل أن يشهد فأرجو أن يكون في سعة إن كان، ثم من يشهد، وليس كل الأمر يحب الرجل أن يشهد عليه، وقاله ابن كنانة.

وقال: إن لم يجد غيره، وخاف أن يبطل حقه إن لم يشهده، فعليه أن يجيب، وإن وجد غيره مستعتبًا فهو بالخيار، وكذا الكاتب يدعى إلى أن يكتب، ودعي مالك، وقد دخل السوق إلى شهادة، فلم يجب واعتذر لمن دعاه فقال: أخاف أن يكون في أمرك ما لا أرى أن أشهد به، فيقتدي بي من حضر فقبل منه، وفي نوازل سَحنون إنما الآية فيمن عنده علم قد أشهد عليه، ومن لم يكن عنده فهو في سعة إن كان بالبلد غيره ممن يشهد.

ابن رُشْد: الدعاء ليشهد على الشهادة، ويستحفظها فرض كفاية كالجهاد، وصلاة الجنازة فمن كان بموضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين عليه، ومن أهل العلم من أوجب الشهادة على كل من دعي إليها لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282]، وليس بصحيح؛ لأن الشاهد لا يصح أن يسمى شاهدًا إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة لا قبل ذلك.

قلتُ: ذكر ابن عبد السلام هذا الذي احتج به ابن رُشْد سؤالًا، وتعقبه عنه بقوله: فإن قلت: الشاهد حقيقة من تحمل الشهادة لا من طلب منه تحملها على ما تقرر في أصول الفقه في مسائل الاشتقاق، فيترجح حمل النهي في الآية على الإباية من أداء الشهادة؛ لأنه حمل الكلمة على حقيقتها، وعلى ما قلتموه يكون حملًا لها على مجازها.

قلتُ: قال بعض حذاق المتأخرين: ذلك للتفصيل في المشتق إنما هو إذا كان الوصف محكومًا به، وإن كان متعلق الحكم كقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: 5] فهو حقيقة في الجميع فيما حصل، وفيما يستحصل، فالشاهد في هذا الموضع حقيقة فيمن تحمل الشهادة، وفيمن هو متهيئا لتحملها.

قلتُ: قوله: فالشاهد في هذا الموضع حقيقة فيمن تحمل الشهادة، وفيمن هو متهيئًا لتحملها؛ وهمٌ نشأ عن عدم تحقيق فهمه كلام من عبر عنه ببعض حذاق المتأخرين، وهو القرافي، وبيانه بذكر كلامه، وتقرير فهمه بما يجب.

قال: هي مسألة المحصول في إطلاق اللفظ المشتق على مسماه ما نصه: الأقسام ثلاثة اثنان مجمع عليهما إطلاق اللفظ المشتق، ومسمى المشتق منه مقارن حقيقة إجماعًا كتسمية الخمر خمرًا، وإطلاقه وهو مستقبل مجاز إجماعا كتسمية العنب خمرًا، وإطلاقه وهو متقدم فيه مذهبان: أصحهما المجاز، ثم قال: سؤال هذه الأزمنة الثلاثة إنما هي بالنسبة إلى زمن الإطلاق، فعلى هذا يكون قوله ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: 5]، و﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: 38]، و﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ [النور: 2]، ونحوه من نصوص الكتاب والسنة لا يتناول الكائن في زماننا من هذه الطوائف إلا مجازًا؛ لأن زمانهم مستقبل بالنسبة إلى زمن الإطلاق، وهو زمن نطق رسول الله ﷺ بذلك فيتعلل عليهما الاستدلال؛ لأن الأصل عدم المجاز في كل واحد منها، فيفتقر في كل دليل إلى دليل يدل على التجوز إلى تلك الصورة، وهو خلاف الإجماع، بل أجمع العلماء على أن هذه الألفاظ حقائق في هذه المعاني، ثم قال: الجواب عنه أن المشتق على قسمين: محكوم به ومتعلق الحكم فالمحكوم به نحو: (زيد صائم)، فقد حكمنا عليه بهذا المشتق، ومتعلق الحكم نحو: (أكرم العلماء) فلم يحكم بأن أحدًا عالم؛ بل حكمنا بوجوب الإكرام لهم، وهم متعلق هذا الحكم، ومرادنا في هذه المسألة المشتق إذا كان محكومًا به، إذا كان متعلق الحكم فهو حقيقة مطلقًا من غير تفصيل، والله تعالى لم يحكم في تلك الآيات بأن أحدًا أشرك، ولا سرق بل حكم بوجوب القتل والقطع والجلد فقط، وهذه الطوائف متعلق الأحكام؛ فاندفع الإشكال، وكل من تحدث في هذه المسألة يذكرها عمومًا، وهذا باطل إجماعًا، وبالضرورة كما ترى.

قلتُ: ففهم الشَّيخ ابن عبد السلام من قول القرافي فهو حقيقة مطلقًا من غير تفصيل أنه لا يشترك في صدق المشتق على مسماه إذا كان متعلق الحكم حصول المعنى بالفعل في الذات التي أطلق عليها المسمى في وقت الحكم ولا قبله ولا بعده حين تعلق الحكم بالذات التي أطلق عليها المشتق وقبله منه، ولذا قال: فالشاهد في هذا الموضع حقيقة في من تحمل الشهادة، وفيمن هو متهيئ لتحملها من غير تفصيل، وهذا إن أراده القرافي فهو؛ وهمٌ منه معه، وظني أن مراد القرافي أنه لا يشترط حصول المعنى في

الذات التي أطلق عليها المشتق زمن الحكم، وأنه لابد مع ذلك من شرطية حصوله فيه عند تعلق الحكم به؛ لأنه لو كان الأمر كما فهمه لزم ثبوت الحكم بالقطع في السرقة، والجلد في الزاني بمجرد تهيئته للاتصاف بالسرقة والزنا وأمثالها، كما زعم أن حكم النهي عن الإباية في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282] هو أنه متعلق لمن هو متهيئ لتحملها، وهذا باطل بالإجماع والضرورة، وقول القرافي كل من تحدث في هذه المسألة يذكرها عمومًا، وهو باطل.

قلتُ: كل من ذكرها فيما علمت كالفخر والآمدي والسراج وغيرهم ممن له مشاركة في المنطق تدل على القطع بإحاطتهم بتحقيق مسألة صادقية العنوان على ذات المحكوم عليه، وهو المعبر عنه في هذه المسألة بمتعلق الحكم، ومن شرط العنوان عندهم صدقه بالفعل على الذات لا بالقوة خلافًا للقرافي، وهذا نص لشرط حصول المعنى في الذات التي أطلق عليها المشتق من حيث كونه متعلقًا للحكم، فلعلهم إنما لم ينبهوا على هذا الذي زعم القرافي أنه انفرد بذكره؛ اتكالا على ما علم من شرط صدق العنوان على الذات والله أعلم.

[باب أداء الشهادة]

والأداء عرفًا: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته ما يحصل له العلم بما شهد به(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (إعلام الشاهد) صير الجنس مصدرًا؛ لأن العرف الشرعي من الأداء هو ذلك، وهو في اللغة إعلام عام، ثم خص ذلك في إعلام الحاكم بما علمه الشاهد، وهو مصدر مضاف لفاعله والحاكم مفعول، ولم يقل القاضي؛ لأن الحاكم أعم من ذلك والمقصد ما يعم جميع الأداء.

قوله: (بشهادته) متعلق بالإعلام والباء للتعدية.

قوله: (بما يحصل... إلخ) هذا الكلام فيه تدبيح، ولا بد من بيان إعرابه، وما تتعلق الظروف في الحد به، وبعد ذلك يظهر المعنى في قصده أما الحاكم فهو مفعول بالمصدر، وهو مضاف للفاعل وشهادته متعلق بالإعلام والباء للتعدية، وبما يحصل يحتمل تعلقه بالإعلام أيضًا فتكون الباء الثانية سببيَّة أو للتعدية، ويكون الظرف بدلًا ويحتمل تعلقه بشهادته، ويحتمل أن يكون ثلاثيًا من حصل

أو رباعيًا من حصل، وله متعلق به والضمير منه يعود على الشاهد وبما شهد به متعلق بالعلم، وما موصولة ومعنى الكلام على هذا، وتقدير السبك إعلام الشاهد الحاكم والمراد بالشاهد المتحمل للشهادة بشهادة الشاهد؛ أي: التي تحملها بسبب ما يحصل له من العلم في تحمله، وذلك إشارة إلى أن الأداء يستلزم أن يكون المؤدي عالمًا بما تحمل به، وأنه لا يؤدي الأعلى البت والعلم من أمر تحمله فالتحمل أخف من الأداء، وهو إشارة إلى ما ذكره الشَّيخ قبل من أن الشاهد قد يشهد على ما لا يعلمه عند التحمل، ولا يؤدي إلا على ما يعلم هذا أقرب ما ظهر لي في فهمه، وفيما رأيته من النسخ في لفظه، والله سبحانه أعلم.

ويمكن فهمه على غير هذا بتكلف، وفيما قرنا به كلامه ربما ينافي ما قدمه في التحمل فراجع التحمل مع هذا، وكذلك كلام ابن رُشْد.

(فإن قلت): قول الشَّيخ إعلام إلخ ظاهره أنه يصح الإعلام بأي لفظ كان، وقد قال القرافي في لفظه: أؤدي أو أشهد، ولا يصح بلفظ الماضي.

(قُلتُ): كلام القرافي لم يسلمه الشَّيخ، وإن الإشارة المفهمة كافية، وقد نقل عن النوادر ما يشهد لذلك عن أشهب، ولذا أطلق في حده بقوله: (إعلام) وهو أعم من اللفظي والفعلي.

قال: وما ذكره القرافي إنما هو لعرف تقرر لا لذات حقيقة الأداء، ولذا ذكره الشَّيخ هنا في النقل بعد هذا لفظة عرفا فتأمله.

(فإن قلت): الإعلام في الحد ما معناه.

(قُلتُ): معناه الإخبار بالشهادة إذا قال الشاهد: هذه شهادتي، وأشار إليها مكتوبة فهو أداء، وكذلك إذا أخبر بها على صورة؛ أي: صورة كانت بمضارع أو ماض بمصدر أو غيره، وللشافعيَّة تفصيل مخالف لمذهبنا، انظر ابن فرحون في كتابه.

(فإن قلت): قد قررت أن الإعلام المراد به الإخبار، وقد حقق القرافي أن الأداء هو إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها لا الإخبار.

قال: ولذا لا تحتمل صدقًا ولا كذبًا.

(قُلتُ): معنى قولنا الأداء الإخبار إنشاء الإخبار؛ لأن ما حققه صواب، وما أشار إليه الشَّيخ من رده على القرافي في مثل ذلك وقع لابن فرحون؛ لأنه لما نقل كلامه في قواعده قال: وهذا جار على أصل الشافعيَّة، وأما المالكيَّة فلا يقولون به، وذكر عن شمس الدين الدمشقي الحنبلي أنه نقل عن مذهب مالك؛ أنه لا يشترط في أداء الشهادة لفظة أشهد بل متى قال: رأيت كذا أو سمعت كذا؛ صح.

قال: وقد نقل ابن بطال عن أَصْبَغ: ما يشهد لذلك، وأن القاضي إذا قال للشاهد: هذه شهادتك؟ فقال الشاهد: نعم؛ صحت الشهادة، وليس ذلك إنشاء للشهادة، ثم استطرد عن المذهب ما يرد به

في النوادر لأشهب: قوله: (هذه شهادتي) أداء لها.

وقال القرافي: لفظه أؤدي مع أنه إنشاء لا خبر.

قال: فلو قال: (وديت) لم يفد عكس لفظ الإنشاء في: بعت واشتريت وأبيع، وأشتري لغو.

قلتُ: الأظهر أنه يعرف تقرر لا لذات حقيقة الأداء وغيره، والأظهر أن الإشارة المفهمة في ذلك تكفي، وشهدت بعض المفتين أداها إشارة، فلم يقبلها منه من أداها إليه، وهو واجب عينًا على من لم يزد على عدد من يثبت به المشهود به، وواجب كفاية على من زاد عليه حاضرا كواحد من ثلاثة في الأموال، وما يقبل فيه اثنان، ومن خمسة فصاعدًا في الزنا.

قلتُ: يتأكد الأداء ويتعين على واضع شهادته لا ثالثًا غير عالم بعطف غيره عليه، لدخوله على موجبه، ويخف طلبه على واضعها ثالثًا فصاعدًا إن حضر ممن قبلها يثبت الحق به.

ابن شاس: إن كانوا اثنين قد تعينا إن امتنع أحدهما، وقال: أحلف مع الآخر أثم.

قلتُ: لا أعرفه لأصحابنا بل للغزالي في وجيزه، وهو جار على أصول مذهبنا.

قلتُ: وترك أخذ العوض عن مؤنة تحمل الشاهد شهادته، وأدائها واضح.

وفي جواز أخذه عن التحمل خلاف.

قال ابن المناصف: قال بعض العلماء: يجوز للشاهد أخذ الأجرة على أداء الشهادة، وإن كانت تعينت عليه إن كان اشتغاله بأدائها يمنعه من اشتغاله بما يقوم به أوده.

قلتُ: وهو أحد الأقوال في جواز أخذ الأجرة في الرواية على الإسماع أو السماع الجواز والمنع والتفصيل.

وفي نوازل سَحنون قيل له: أرأيت الشاهدين يأتيهما صاحب الشهادة أن يشهدا له، فيقولان: الهبوط إلى الحاضرة يشق علينا إلا أن تنفق علينا، وتعطينا دواب

=

على القرافي، وأن ذلك إنما هو مذهب الشافعيَّة قال: وكثيرًا ما يقع له ذلك انظره.

نهبط عليها.

قال: إن كان مثل الساحل منا كتب القاضي لرجل يشهد عنده الشهود، فيكتب بشهادتهم، ولا يعني المشهود إليه بالقدوم، ولا ترى هذه ولاية للمشهود عنده.

قال: لا يستغني القاضي عن مثل هذا.

قيل له: كم بعد الساحل من هنا؟

قال: ستون ميلًا فإن كان الشهود على بريد أو بريدين ويجدون الدواب والنفقة، لم يعطهم رب الحق دواب ولا نفقة؛ فإن فعلوه بطلت شهادتهم؛ لأنها رشوة على شهادتهم، فإن لم يجدوا نفقة ولا دواب، فلا بأس أن يكري لهم، وينفق عليهم.

ابن رُشْد: أصل هذه المسألة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: 282]؛ لأن معناه عند أهل العلم جميعًا فيما قرب دون ما بعد، خصص عموم القرآن بالإجماع، فإن كان الشاهد بحيث يلزمه الإتيان لأداء شهادته؛ وجب عليه ركوب دابته وأكل طعامه، فإن أكل طعام المشهود له، وركب دابته سقطت شهادته؛ لأنه أرشى عليه بذلك، وخفف ذلك ابن حبيب إن كان ذلك قريبًا، وكان أمرًا خفيفًا، وينبغي أن يحمل على التفسير لقول سَحنون فالقريب الذي يلزمه الإتيان لأداء شهادته قسمان:

قريب جدًّا تقل فيه النفقة، ومؤنة الركوب هذا لا يضر الشاهد ركوب دابة المشهود له، وإن كانت له دابة، ولا أكل طعامه هـ.

وغير قريب جدًّا تكثر فيه النفقة، ومؤنة الركوب، هذا تبطل فيه شهادته إن ركب دابة المشهود له وله دابة أو أكل طعامه عند سَحنون.

وقيل: لا تبطل شهادته بذلك، وهو ظاهر نقل ابن حبيب عن مُطَرِّف، وأَصْبَغ في الشاهد يشهد في الأرض النائية فيحتاج إلى تعيينها بالحيازة لها؛ أنه لا بأس أن يركب دابة المشهود له ويأكل طعامه، وهو الأظهر إذ ليس ما يصير إلى الشاهد من هذا ما لا يتمول، وإن كان الشاهد لا يقدر على النفقة، ولا على اكتراء دابة، وهو ممن يشق عليه الإتيان راجلًا لم تبطل شهادته إن أنفق له المشهود له أو اكترى له دابة، وقيل: تبطل شهادته بذلك إن كان مبرزًا في العدالة، قاله ابن كنانة.

وإن كان الشاهد من البعد بحيث لا يلزمه الإتيان لأداء الشهادة، وليس للقاضي من يشهد عنده بموضعه الذي هو به، فلا يضره أكل طعام المشهود له، وإن كان له مال، ولا ركوب دابته، وإن كانت له دابة، وإن احتجب السلطان عن الشاهد لم يضره إنفاق المشهود له مدة انتظاره إن لم يجد من يشهد على شهادته وينصرف.

وقيل: تبطل شهادته بذلك لتوفيرهم به النفقة على أنفسهم، وهو الأظهر، فانظر أبدا إن أنفق المشهود له على الشاهد حيث لا يلزم الشاهد الإتيان إليه ولا المقام؛ جاز وإلا لم يجز له ذلك إلا فيما يركبه إن لم تكن له دابة، ولم يقدر على المشي.

قلتُ: ما نقله من إبطال شهادته إن كان مبرزًا كذا وجدته في غير نسخة واحدة، وقبل ابن زرقون قول ابن كنانة مطلقًا، قال: وقال ابن كنانة: تبطل شهادته بذلك، ولم يذكر تبريزًا، فإن قلت: شرط التبريز في إسقاط شهادته يدل على أنه إن لم يكن مبرزًا لم تسقط شهادته بذلك، وهو مشكل؛ لأن القاعدة أن التبريز يبطل قدح ما يقدح في الشهادة إذا كانت من غير مبرز، كقولها في شهادة الأخ لأخيه تجوز إن كان مبرزًا فجعل التبريز مبطلًا لقدح الأخوة في قبول الشهادة، وجعل التبريز هنا موجبًا؛ لأن يقدح في شهادة المبرز ما لا يقدح في شهادة غيره، ويجاب بأنه رأى هذا الوصف في المبرز خسة؛ لأن تبريزه يأبى ذلك كما يقال حسنات الأبرار سيئات المقربين، ولذا والله أعلم حكى ابن الحاجب هذا القول معكوسًا فقال: وقيل: تبطل في غير المبرز، ولم يتعرض ابن عبد السلام ولا ابن هارون لشيء من هذا، واستمر عمل الناس اليوم، وقبله في إفريقيَّة وغيرها على أخذ الأجرة على تحملها بالكتب فيمن انتصب لها، وترك التسبب المعتاد لأجلها، وهو من المصالح العامة، وإلا لم يجد الإنسان من يشهد له بيسر، وأخذها ممن يحسن كتب الوثيقة فقهًا، وعبارة على كتبه وشهادته لا يختلف فيه، ويكون أخذه الأجرة على نحو ما ذكره غير واحد كابن المناصف قال: اختلف في أخذ الأجرة على كتب الوثائق منعه قوم، وأجازه آخرون وهو ظاهر الآية، والأولى لمن قدر، واستغنى ترك الأخذ وعلى الآخذ تكون الأجرة معلومة مسماة، وتجوز بما اتفقا عليه من قليل وكثير ما لم يكن المكتوب له مضطرًا للكاتب، إما بقصر القاضي الكتب عليه لاختصاصه

بموجب ذلك، وإما لأنه لم يجد بذلك الموضع غيره فيجب على الكاتب أن لا يطلب فوق ما يستحق، فإن فعل فهي جرحة، وإن لم يوافق الكاتب المكتوب ففيه نظر، وهو عمل الناس اليوم، وهو عندي محمل الهبة على الثواب، فإن أعطاه قدر أجرة المثل في ذلك لزمه قبوله، وإلا كان مخيرًا في قبول ما أعطاه وتمسكه بها كتب له إلا أن يتعلق بذلك حق للمكتوب له، فيكون فوتا ويجبران على أجر المثل، وما زال الناس يعيبون أخذ الأجرة في أكثر حوانيت الشهود بتونس؛ لأنهم يقسمون ما يحصل لهم من الأجرة آخر عملهم على ثلاثة أجزاء: جزأين للشهيدين، وجزء للموثق، وهو أكثر من واحد، وعمل الموثقين في الأكثر أكثر من عمل الشاهد، لأنه مجرد كتب اسمه في الأكثر، وربما صرح بعضهم بحرمة فعلهم، ولقد أخبرني بعض من يوثق بخبره أن القاضي أبا محمد الأجهري: وهو أحد أشياخي في الفقه أهدى إليه صهره أبو زوجته الفقيه القاضي أبو علي بن قداح لبنًا فشربه، ثم اجتمع به بعد ساعة من شربه فتحدثا، فأخبره صهره أن ذلك اللبن أهداه له فلان، فذكر له بعض شهود تونس الذين يأخذون الأجرة في شهادتهم، فقام فقاء ذلك اللبن، واستغرب هذا المخبر حاله؛ لأنه لما شهد طلع الحانوت، وكان يأخذ الأجر على شهادته، ثم أخبرني من أثق بخبره أن الشاهد الذي كان يشهد معه والموثقين كانوا يعطونه كل يوم دينارًا ذهبًا، ويأخذ كل موثق منهم أكثر من ذلك، وكان الموثقون ثلاثة أو أكثر.

قلتُ: فسلمه الله من القسمة الفاسدة المتقدم ذكرها.

والمذهب أن اليمين مع الشاهد في الحقوق المالية كشاهدين في الموطأ قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد(1).

أبو عمر: هذا مرسل، وأسنده جماعة ثقاة عن جابر يرفعه(2)، وروى مسلم بسنده

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/711 في الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد، والترمذي: رقم (1345) في الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد، وإسناده منقطع، لكن يشهد له ما قبله.

(2) أخرجه الترمذي: رقم (1344) في الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد.

عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد[1]، وذكر العقيلي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين في الحقوق[2].

عبد الحق في سنده: مُطَرِّف بن مازن ضعيف، ورماه ابن معين بالكذب.

وقال أبو أحمد الجرجاني فيه: لم أر فيما يرويه شيئًا منكرًا.

أبو عمر: لم يخرج البخاري حديث مسلم، ورواه أبو هريرة من طرق كثيرة وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو بن شعيب، وكلها من طرق متواترة، وهو قول جمهور العلماء بالمدينة، ولا يعرف المالكيون في كل بلد غيره إلا أن يحيى بن يحيى بالأندلس تركه، وزعم أنه لم ير الليث يفتي به، ولقول مالك: قال جلة من العلماء بالعراق: وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة والأوزاعي: لا يقضى به.

وقال محمد بن الحسن: يفسخ القضاء به؛ لأنه خلاف القرآن، وهذا جهل وعناد، وإنما هو زيادة بيان كنكاح المرأة على عمتها وخالتها مع قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: 24].

الباجي: إن قالوا يحتمل أن يكون قضى بيمين المطلوب مع شاهد المدعي.

قيل: قوله باليمين مع الشاهد ظاهره أنها من جهة واحدة.

ابن زرقون: حديث مسلم أنه ﷺ قضى بيمين وشاهد بالتنكير يرفع الإشكال.

الشَّيخ: روى المحمدون إنما يجوز الشاهد واليمين في الأموال دون العتق والطلاق والحدود.

زاد ابن سَحنون: والنكاح والقتل.

ابن حبيب: روى مُطَرِّف يجوز اليمين مع الشاهد في الحقوق والجراح، عمدها وخطئها، وفي المشاتمة ما عدا الحدود.

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1712) في الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، وأبو داود: رقم (3607) في الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد.

(2) أخرجه العقيلي في الضعفاء: 4/216- 217.

قلت في رسم القضاء من سماع أشهب: لا أرى أن يحلف مع الشاهد بالشتم.

ابن رُشْد: ما روي عن مُطَرِّف أنه يحلف مع شاهده في الفرية، ويحد له شذوذ، ويتخرج في المسألة قول ثالث أنه لا يحلف مع شاهده في الفرية، ويحلف معه فيما دون الفرية من الشتم الذي يجب به الأدب، وفي القصاص من جراح العمد بالشاهد واليمين، ثالثها: فيما صغر من الجراح لا فيما عظم كقطع اليد لمالك في أقضيتها، ولابن القاسم في شهاداتها، ورواية ابن الماجِشُون مع قوله وقول سَحنون.

وذكر الباجي عن ابن الماجِشُون: أن صغير الجراح كالموضحة والأصبع، وشبهه مما يؤمن معه على النفس.

وحكى المازري أيضًا الثلاثة الأقوال، وفي الموطأ معها إن نكل ذو الشاهد عن الحلف معه، حلف المطلوب وبرئ، فإن نكل غرم الحق.

وفيها: ويحلف الطالب مع شهادة امرأتين في الأموال فوجهوه بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282]، ولغوه في العتق يوجب يمين المشهود عليه على رد الشهادة، فإن نكل فقال الباجي في عتقه عليه وحبسه أبدا حتى يحلف، ثالثها: إن طال حبسه ترك؛ لرواية ابن القاسم مع أول قولي أشهب، ولمالك مع سَحنون وابن نافع وابن القاسم قائلا: والسنة طول، وعلى الأول لو رجع للحلف بعد نكوله لم يقبل، ولغوه في الطلاق يوجب حلف الزوج كذلك، فإن نكل فالثلاثة لقائلها، ورابعها: يسجن ويضرب له أجل الإيلاء، فإن انقضى طلق عليه، وخامسها: هذا بعد طول سجنه.

الباجي عن النوادر عن ابن نافع: ولابن مزين عن رواية محمد بن خالد عنه قال يحيى: وقال أبو زيد: قاضي المدينة مثله.

قلتُ: في آخر الأيمان بالطلاق منها إن أقامت امرأة بطلاقها شاهدًا أو امرأتين ممن تجوز شهادتها في الحقوق منع الزوج منها حتى يحلف.

قال مالك: فإن نكل طلقت عليه مكانه، وعدتها من يوم الحكم، وروي عنه أنه يحبس أبدًا حتى يحلف أو يطلق.

قال ابن القاسم: وبلغني عنه أنه إن طال سجنه دين، وخلي بينه وبينهما، وهو رأيي.

عياض: قوله إن كانتا ممن تجوز شهادتهما عليه في الحقوق.

زاد في كتاب الشهادات؛ يريد: إلا أن يكون مثل أخواتها وجداتها، ومن هو منها بظنة، وزاد في كتاب العتق: أو عمتها أو خالتها، وليس هذا بمنزلة الحقوق؛ يريد: لأن هذا لو شهدن لها به في الحقوق جازت، ولكن يتهم النساء في هذا الباب لعصبية بعضهن لبعض، ولعياض في كتاب الشهادات: ولحمد يس عن أشهب: أن عليه اليمين في شهادة الأمهات والبنات والقرابات عليه بالطلاق بموجب اليمين عنده بالشهادة اللطخ كاللوث، فلا تعتبر التهمة.

وفي الأيمان بالطلاق: ومن ادعى نكاح امرأة، وأنكرت ذلك فلا يمين له عليها، وإن أقام شاهدًا ولا تحبس، ولا يثبت نكاح إلا بشاهدين هذا لفظ التهذيب، وهي في المدَوَّنة مقيسة على دعوى المرأة الطلاق، وفيه نظر لتكرر دعوى الطلاق دون النكاح.

ابن زرقون: قال عبد الملك في الثمانية: من أقام شاهدًا على رجل أنه زوجه ابنته البكر حلف الأب، فإن نكل سجن حتى يحلف، وله أن يزوجها في السجن من رجل آخر حتى يحلف، ولا مقال للابنة في ذلك، وإن كانت ثيبًا فليس عليه يمين.

وقال أَصْبَغ: لا يمين على الأب بحال.

المازري: منصوص المذهب من أقام شاهدًا واحدًا بنكاح امرأة أنكرته أن لا يمين عليها، وفي الموازيَّة: لا يمين في دعوى النكاح على امرأة الرجل، ولا عليه لها ما لم يقم بذلك شاهد واحد، فأخذ منه بعض الأشياخ وجوب اليمين على المنكر منهما بالشاهد الواحد.

المازري: وليس هذا بنص بل دليل خطاب لكن وقع في المذهب فيمن عقد نكاحًا لرجل على امرأة، أو لامرأة على رجل، فأنكر الزوج أو الزوجة الوكالة أنهما يحلفان.

وفي الواضحة: لو تعلق اليمين هنا بدعوى الوكيل على الزوج، أنه وكله لتضمن ذلك إلزامه صداقًا ونفقة، ولا تتعلق اليمين على المرأة إذ لا يباح فرجها بمثل هذا،

فأخذ من هذا بعض أشياخي وجوب الحلف مع الشاهد، وفي هذا التخريج نظر؛ لأن المدعى عليه الوكالة لو صدقها كان النكاح منعقدًا؛ لأن النزاع في إذنه في الوكالة، والعقد بين الوكيل والزوجة ثابت بشاهدين.

قلتُ: الذي أشار إليه بالتخريج هو اللخمي ونصه: من أقام شاهدًا واحدًا على نكاح لم يحلف معه، واختلف في يمين المشهود عليه، فقال ابن القاسم: لا يمين عليه، وقال في الموازيَّة: فذكر ما تقدم إلى قوله: ما لم يقم بذلك شاهد.

قال اللخمي: يريد فيحلف المشهود عليه من رجل أو امرأة.

وقال فيمن زوج رجلًا أو امرأة وزعم أنه وكيل على ذلك، فأنكر المدعى عليه الوكالة بعد أن قدم: إنه يحلف الرجل والمرأة أنه لم يوكله، فإذا حلف بدعوى الوكالة مع كون الوكيل غير عدل، وهو مدفع عن نفسه التعدي كان أحرى أن يحلف المدعى عليه مع الشاهد العدل.

وقال ابن حبيب: يحلف الرجل أنه ما وكل، ولا تحلف المرأة أنها ما وكلت؛ لأنها إن نكلت لم تكن زوجة.

وهذا أحسن؛ لأن المطلوب منها لا يصح تسليمه مع النكول.

وأرى أن تطلبه باليمين رجاء أن تقر، ويحلف هو إن ادعت عليه الوكالة؛ لأن المطلوب منه مال، فإن نكل حلفت وغرم نصف المهر على قول ابن القاسم؛ إلا أن يحب هو البقاء على النكاح، فيحضر الولي ويجدد العقد.

وإن شهد شاهد بعد موت الزوج أو الزوجة، فقال ابن القاسم: يحلف المشهود له، وتستحق الإرث والصداق إن كان الشاهد لها.

وقال أشهب: لا يستحق ذلك إلا بشاهدين.

وقول ابن الحاجب: ويطالب المشهود عليه بالشاهد في النكاح والطلاق والعِتَاق بأن يقر أو يحلف؛ فإن امتنع فالأخيرة أن يحبس لهما، إلا أن يحكم بالشهادة.

وقال ابن القاسم: يحبس سنة.

وقول سَحنون: (أبدًا) يقتضي أن المذهب حلفه في النكاح، وليس كذلك، حسبما

تقدم من لفظ المدَوَّنة وغيرها، وإنما الحلف قول غير المشهور.

وظاهر قوله: (إلا أن يحكم بالشهادة) أن في النكاح على الرواية الثانية تعجيل الحكم بالشهادة، وهذا غير موجود في المذهب.

وما ذكرناه أورده ابن عبد السلام على ابن الحاجب سؤالين، ثم قال: ويحتمل أن يرجع الضمير المجرور من قوله: (يحبس لهما) على المرأة - في الطلاق- وعلى العبد- في العتق- فيسقط السؤالان لخروج مسألة النكاح.

قلتُ: قوله: (يطالب في النكاح والطلاق والعِتَاق بأن يقر أو يحلف) نص في مطالبته بالحلف في النكاح فامتنع سقوط السؤال فيه، وقوله: (فإن امتنع) ظاهره أو نصه أن الضمير الفاعل المستكن في (امتنع) عائد على ما عاد عليه الضمير في (يحلف) فحينئذ إن جعل الضمير في (لهما) عائدًا على (المرأة) في الطلاق، وعلى (العبد) في العتق، ففي الشرط في النكاح، وهو فرض الامتناع فيه، والحلف لا جواب له فتأمله.

اللخمي: وإن شهد شاهد بتمليك فهو كشاهد بطلاق يحلف الزوج ويبرأ.

ويختلف إن نكل واختارت الطلاق هل يطلق عليه؟ وإن شهد بخلع؟ فإن كان القائم به الزوج فهو كشاهد بمال يحلف معه، ويأخذه؛ لأن الطلاق بيده، وهو مقر به، وإن كانت المرأة هي القائمة كان كشاهد على طلاق، وإن شهد على نسب أو ولاء لم يحلف معه إن كانت الشهادة على حي، وإن كانت على ميت ليرث منه - وللميت ولد ثابت النسب أو مولى معروف- فأثبت هذا أنه ولد الميت أو أنه مولى مع الأول؛ حلف من ثبت نسبه أو ولاؤه، وكان أحق بالميراث، واليمين إن ادعى الطلبي المعرفة.

واختلف إن لم يكن هناك نسب ثابت سوى الطارئ هل يحلف ويرث؟ أو يكون الإرث لبيت المال؟

وأرى أن من أقام شاهدًا أولى.

وقال ابن القاسم: من ادعى على رجل أنه عبده، فأنكر وقال: أنا حر؛ أنه ليس له أن يحلفه، إلا أن يقيم شاهدًا فيحلف ويستحق.

وقال سَحنون: ليس له ذلك إن كان معروفًا بالحرية، وأرى إن لم يكن معروفًا

بحرية ولا عبودية أن يحلف ويستحق، وإن كان مشهورًا بحرية، وأنه ابن فلان الحر لم يستحق بشاهد ويمين، ولا بشاهدين، إلا أن يثبت استحقاق أمة، أو شبهه مما يخفى، ويبطل ما كان معروفًا به.

قال: وإن شهد بزنا على المعاينة أو الإقرار حُدَّ.

واختلف إن نقل ذلك عن غيره؛ فقال ابن القاسم: يُحَدّ.

محمد: لا يُحَدُ إن قال: (أشهدني فلان)، إلا أن يقول: (هو زان)، وهذا أحسن؛ لأن من قال: (أشهدني فلان)، ولم يقل: (هو زان) ليس بقاذف.

قلتُ: إن لم يكن قذفًا فهو تعريض، ولا سيما إن كان الشاهد يعلم حكم نصاب بينة الزنا.

وإن قال: رأيت فلانا مع فلانة أو بين فخذيها؛ فقال ابن القاسم: يعاقب الشاهد.

وقال غيره: لا يعاقب.

ويتخرج فيها ثالث: إن كان عدلًا لم يعاقب.

ورابع: إن كان المشهود عليه ممن يظن به ذلك لم يعاقب الشاهد، وإن كان ممن لا يظن به ذلك عوقب الشاهد.

ومن شهد على رجل أنه شرب خمرًا ففيها: ينكل الشاهد.

وقال فيمن شهد على رجل بالسرقة: إن كان لها من يطلبها لم يعاقب – يريد: وإن كان غير عدل – قال: وإن لم يكن لها من يطلبها، والشاهد عدل لم يعاقب، وإن لم يكن عدلًا عوقب.

وعلى قوله في عقوبة الذي قال: (رأيته بين فخذيها) يعاقب الشاهد هنا، وإن كان عدلًا.

ولمالك في المبسوطة: من شهد بالسرقة أو شرب الخمر لم يعاقب.

ولابن نافع في كتب المدنيين: إن شهد بذلك على من له هيئة نكل، وإن كان ممن يتهم بذلك فلا شيء عليه، فأوجب العقوبة في القول الأول قياسًا على شاهد الزنا، وأسقطها في القول الآخر؛ لأن الأصل إذا سقطت البينة عدم العقوبة.

والحد على من شهد بالزنا تسليم لقول عمر.

والتفريق بين العدل وغيره لتهمة غير العدل بإذاية المشهود عليه.

وأرى أن يعاقب غير العدل إن كان المشهود عليه لا يظن به ذلك، ولا غير العدل إن شهد على من يظن به ذلك.

وإن شهد بقذف أُحلِف المشهود عليه.

ويختلف إن نكل هل يُحَدّ أو يسجن؟ أبدًا حتى يحلف؟ أو يطلق بعد سنة؟ قياسًا على الطلاق، والجراح هل يطلق عليه أو يقتص منه.

وإذا ثبت اليمين على مشهود عليه لنكول المشهود له، أو لأنه لم يمكن من اليمين على القول الآخر، فنكل المشهود عليه سُجن أبدًا حتى يقر أو يحلف، وعلى القول الآخر يخرج بعد سنة.

وقال أشهب: يقطع، وذكر ذلك عن ابن القاسم في كتاب الأقضية في بعض روايات المدَوَّنة.

وأرى أن يسجن أبدًا حتى يقر أو يحلف إلا أن يكون الشاهد مبرزًا، والمشهود عليه ممن يظن به فيقتص منه.

قلتُ: هذا كله إنما هو في الشاهد إذا أتى يشهد من قبل نفسه، ولو كان القاضي هو الذي استدعاه للشهادة رجاء ضم غيره إليه؛ لم يعاقب اتفاقًا.

المازري: قد يُشكل الشاهد واليمين فيما يثبت مالًا، وغيره مما لا يثبت به.

ذكر مالك من هذا النوع – في الموطأ – مسائل منها ما يؤدي إلى فسخ نكاح، أو ثبوت عتق، أو سقوط حد؛ كشاهد ويمين على زوج أمة أنه ابتاعها يثبت الشراء ويفسخ النكاح؛ لأنه لو لم يكن ذلك كذلك لزم إلغاء العمل بالشاهد واليمين في الأحوال، أو اجتماع الملك والنكاح وكلاهما خلاف حكم الشرع؛ ولأن متعلق الشاهد واليمين إنما هو المال والفسخ بحكم الحاكم بالمال لا بالشاهد واليمين.

ومنها شهادة شاهد لمكاتب بأنه قضى النجم الآخر لسيده، وقبول الشهادة هنا آكد؛ لأن العقد الذي وقع به العتق ثبت على السيد بشاهدين.

ومنها رفع الحد كشاهد ويمين برق من قذف وهو ظاهر الحرية.

قال ابن الحاجب: وأما الشاهد بالقضاء بمال فالمشهور لا يمضي، وله استحلاف المطلوب؛ فإن نكل لزمه بعد يمين.

قال ابن عبد السلام: هذا كلام فيه نظر، والذي حكاه الباجي وغيره أن القولين في قبول كتاب القاضي بشاهد ويمين؛ لأنه حق ليس بمالي يؤول إلى مال، ودعوى أحد الخصمين على الآخر أن القاضي حكم عليه بمال هي دعوى بمال حقيقة لا ينبغي أن يختلف فيها، وبتقدير أن يكون الأمر على ما حكاه المؤلف فكيف بمنع قبول الشاهد واليمين! ويقبل فيه النُّكُول واليمين، والثاني أضعف من الأول على أصل المذهب.

قال في أقضية المدَوَّنة: وللطالب أن يحلف المطلوب أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد، فإن نَكَل حلف الطالب، وثبتت الشهادة، ثم ينظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول.

قلتُ: إنكاره وجود الخلاف بقوله لا ينبغي أن يختلف فيه، وبما ذكره عن الباجي يرد بأن ما فهمه عن الباجي ليس كذلك، وبشهرة ذكر الخلاف فيه من كلام الأشياخ.

أما رد فهمه عن الباجي؛ فلقول الباجي ما نصه: فإن تعلقت الشهادة بالعقود التي لا تختص بالمال، والمقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض، فروى ابن حبيب عن ابن الماجِشُون لا يثبت كتاب قاض إلى قاض بشاهد ويمين، وإن كان في مال.

وقال مُطَرِّف: يحلف مع شاهده، ويثبت له القضاء.

قلتُ: فقوله كالشهادة على حكم قاض نصٌّ منه على الخلاف في حكم القاضي، ويبقى محل النظر في أخذ الباقي، ذلك من مسألة كتاب القاضي.

وأما شهرة الخلاف فيه من كلام الأشياخ ففي النكاح الثاني منها: وإذا فرض القاضي للزوجة، ثم مات أو عزل فادعت المرأة قدرًا، وادعى الزوج دونه، فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها، وإلا فقولها فيما يشبه.

عياض: قال بعض أصحاب سَحنون: مذهب ابن القاسم أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شهادة شاهد، وذهب بعضهم إلى

معنى قوله في الكتاب مع يمينه، وهو الظاهر وأنه حجة لجواز الحلف مع الشاهد على قضاء القاضي، ونبه على ذلك في كتاب ابن سهل خلاف ما قال بعض أصحاب سَحنون، وما لابن القاسم في العتبيَّة قوله هو سماع عيسى ابن القاسم قيل له فإن أقام شاهدًا على أمر القاضي وقضا ئه هل يحلف مع شاهده؟ قال: لا يحلف مع شاهده على شهادته، ولا يجوز في ذلك إلا شاهدان؛ لأنه من وجه الشهادة على الشهادة، والشهادة على قضاء القاضي شهادة على شهادة فلا يجوز في ذلك إلا شاهدان.

ابن رُشْد: قوله: (إن المقضي له لا يحلف مع شاهده على أمر القاضي وقضائه) هو على خلاف أصله في المدَوَّنة لقوله في أقضيتها: إن القاضي إذا عزل، وقد شهد الشهود عنده، وأثبت ذلك في ديوانه، ولم تقم على ذلك بينة أن المشهود عليه يحلف بالله ما هذه الشهادة التي في ديوان القاضي مما شهدت به الشهود علي؛ فإن نَكَل حلف المشهود له؛ وثبتت الشهادة، فإذا كان يستحق ذلك باليمين مع النُّكُول فأحرى أن يستحقه باليمين مع الشاهد، ولا فرق بين ذلك وبين الحكم، لأنه شعبة من شعب الحكم.

ونحوه في نكاحها الثاني في الزوجين إذا اختلفا في فريضة القاضي، فإذا كانت المرأة تستحق القضاء باليمين مع النُّكُول وجب أن تستحقه باليمين مع الشاهد، وتأول بعض الناس أن قول ابن القاسم في هذه المسألة أنه لا يمين على الزوج إن أتى بما يشبه، ولا على الزوجة إن أتى الزوج بما لا يشبه، وأتت هي بما يشبه على قياس قول ابن القاسم في هذه الرواية.

وفي الواضحة: إن حكم الحاكم لا يستحق باليمين مع الشاهد، وهو تأويل بعيد، وظاهر المدَوَّنة: أنه يستحق بهما، وهو قول مُطَرِّف وأَصْبَغ، ويجوز فيه على قول ابن القاسم: شاهد وامرأتان؛ لأنه إذا أجاز ذلك في الشهادة على الشهادة، وفي الشهادة على الوكالة فأحرى أن يجيزه في حكم القاضي إذ قد أجيز فيه الشاهد واليمين، ولا خلاف أنه لا يجوز شاهد ويمين في الشهادة على الشهادة، ولا في الشهادة على الوكالة.

وسَحنون وابن الماجِشُون: لا يجيزان شاهدًا وامرأتين في ذلك كله على أصلهما أنه لا يجوز شاهد وامرأتان، إلا فيما يجوز فيه شاهد ويمين، وكتاب القاضي إلى القاضي لا

خلاف أنه لا يجوز فيه شاهد ويمين؛ لأنه كالشهادة على الشهادة.

قلتُ: وقال المازري: ولذا اختلف في شهادة شاهد واحد شهد على قاض أنه حكم بمال لزيد على عمرو هل يحلف زيد مع شهادته؟ ويستحق المال أم لا؟

في ذلك قولان، وقول ابن رُشْد: لا خلاف أنه لا يجوز شاهد ويمين في الشهادة على الوكالة خلاف نقل اللخمي والمازري.

قال اللخمي: اختلف إذا شهد على وكالة من غائب هل يحلف الوكيل؟ والمشهور أنه لا يحلف.

وهو أحسن، إن كانت الوكالة لحق الغائب فقط، فإن كانت مما يتعلق فيها حق للوكيل؛ لأن له على الغائب دينًا أو ليكون ذلك المال بيده قراضًا أو تصدق به عليه حلف، واستحق إن أقر الموكل عليه بالمال للغائب.

وإن وكل على قضاء دين فقضاه بشاهد فجحده القابض حلف الوكيل وبرئ الغريم؛ فإن نَكَل حلف الطالب وغرم الوكيل إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا حلف المطلوب وبرئ، وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر.

قلتُ: فظاهر لفظ اللخمي أن الخلاف في الشاهد واليمين في الوكالة نص.

وقال المازري: معروف المذهب أن الشاهد واليمين لا يقضى به في الوكالة؛ لكن منع القضاء بها ليس من ناحية تصور هذه الشهادة في القضاء بها في الوكالة؛ بل لأن اليمين فيها مع الشاهد فيها متعذرة؛ لأن اليمين لا يحلفها إلا من له فيها نفع، والوكيل لا نفع له فيها، وإن كان وقع في المذهب أن الوكيل يحلف مع شاهده بالوكالة، ويقبض الحق، فتأول الأشياخ هذه الرواية على أن المراد بها وكالة بأجرة، ويأخذها الوكيل، أو يقبض المال لمنفعة له فيه؛ وأشار إلى إجراء القولين في قبول الشاهد واليمين في الوكالة على المال على قولي ابن القاسم وأشهب في قبول شهادة رجل وامرأتين على وكالة بقبض مال، ولغوها بناء على الحكم فيما ليس بمال يؤول إلى مال يحكم بماله أو يحكم حاله قاله سَحنون.

أشهب: لا يجوز شاهد ويمين في الوكالة على حق.

ابن رُشْد: قال ابن دحون: يلزم من أجاز شهدة النساء على الوكالة في المال أن يجيز شاهدًا ويمينًا على الوكالة في المال؛ لأنها تؤول إلى المال؛ وليس ذلك بصحيح إذ ليس كل ما يجوز فيه شاهد وامرأتان يجوز فيه شاهد ويمين، وإنما الذي يقول سَحنون وابن الماجِشُون ما يجوز فيه شاهد ويمين؛ يجوز فيه شاهد وامرأتان، وهما لا يجيزان شهادة النساء في الوكالة على المال.

قلتُ: في رده على ابن دحون نظر؛ لأن ابن دحون لم يسلك في تخريجه سبيل الاستقراء بصدق كلية لصدق أخرى، وإنما سلك سبيل القياس التمثيلي، وهو أن الشاهد واليمين معمول به في المال، فمن حكم في غيره بأن ما متعلقه غير مال، ومآله قال: إنما يحكم فيه باعتبار مآله موجب أن يكون الأمر كذلك في الشاهد واليمين بجامع حصر الاعتبار في المال دون متعلق الشهادة الغير المآلي، فإن كان ما شهد به الشاهد حقًا لسفيه فطريقان الشَّيخ والباجي.

وروى أَصْبَغ عن ابن القاسم في العتبيَّة: يحلف مع شاهده بخلاف الصبي، فإن نَكَل حلف المطلوب وبرئ، فإن نَكَل غرم.

قال أَصْبَغ: كالعبد والذمي.

ولابن حبيب عن مُطَرِّف: يحلف المطلوب ويؤخر؛ فإذا رشد حلف مع شاهده، فإن أبى لم يكن له على المطلوب يمين؛ فجعله كالصغير.

قلتُ: زاد في النوادر إثر قول مُطَرِّف، وقاله كله ابن كنانة، وقال قبل ذلك.

ولابن سَحنون عن ابن القاسم: إن نَكَل السفيه، وحلف المطلوب فلا يمين إذا رشد، وكذا البكر المولى عليها.

وقال ابن كنانة: لهما الرجوع إلى اليمين بعد رضى حالهما، وإن كان الغريم قد حلف.

وقال ابن زرقون إثر كلام الباجي: لم يختلف ابن القاسم ومُطَرِّف أن السفيه يحلف مع شاهده، إنما اختلفا إذا نَكَل، وحلف المطلوب، ثم رشد السفيه، فقال مُطَرِّف: يحلف بعد رشده، ويقضي له.

وقال ابن القاسم: نفذ الحكم للمطلوب، ولا تعاد اليمين إلى السفيه، وكذا هو نص في الواضحة.

قلتُ: ما قاله ابن زرقون هو نص ابن رُشْد في سَمَاع أَصْبَغ، وعزا لابن كنانة مثل قول مُطَرِّف، قال: وهو أظهر من قول ابن القاسم.

وقال في تفسيره سَمَاع أَصْبَغ: وهذا مما لا اختلاف فيه أن المولى عليه يحلف مع شاهده، وهذا فيما لم يل وليه المبايعة عليه فيه كبيعه سلعة له؛ فينكر المبتاع، ويجحد الثمن، فإن كان دفع السلعة حلف هو مع الشاهد اتفاقًا، فإن نَكَل حلف المبتاع وغرم هو إذ لم يشهد.

قيل: القيمة على القول إن الإشهاد لا يلزمه إلا عند دفع السلعة، وقيل: الأكثر من القيمة أو الثمن على أنه يلزمه الإشهاد على الثمن، وإن لم يدفع السلعة؛ فقيل: لا يمين عليه مع الشاهد، ويحلف المولى عليه معه، وقيل: إنه هو الذي يحلف، فإن نَكَل عن اليمين غرم بعد يمين المشتري، وهذا على الخلاف في وجوب الإشهاد عليه بالثمن، وإن لم يدفع السلعة.

الباجي: وإذا قلنا يحلف السفيه مع شاهده، فإن حلف قبض ما يجب بيمينه وليه.

ابن شعبان: الاختيار أن يقبض ما حلف عليه؛ فإذا صار إليه قبضه وليه؛ لأنه لا يستحق بيمينه شيئًا إلا من إليه قبضه، وإن كان ما شهد به حقًّا لعبد، فقال اللخمي: إن كان بمال والعبد مأذون له فهو كالحر إن نَكَل حلف المدعى عليه وبرئ، ولا مقال للسيد، وإن كان غير مأذون له، حلف واستحق، فإن نَكَل حلف سيده واستحق، وإن دفع له سيده مالًا ليقضيه عنه الغريم، فقضاه حلف وبرئ سيده، فإن نَكَل حلف المشهود عليه، وغرم العبد إن كان مأذونًا له موسرًا، فإن كان معسرًا أو غير مأذون له حلف السيد وبرئ، فإن وكله غير سيده فقضى بشاهد ونكل عن اليمين؛ حلف الطالب، وغرم العبد إن كان مأذونا له.

قال محمد: كالحر يوكله الرجل.

اللخمي: فإن كان فقيرًا حلف الموكل وبرئ؛ وكذا إن كان غير مأذون له، وهو

موسر يحلف الموكل.

ونقل ابن رُشْد في العبد كاللخمي، وتقدم قياس أَصْبَغ السفيه عليه، وعلى الذمي، وهو يدل على الاتفاق عليه.

قلتُ: فشأن قول ابن الحاجب: والعبد كالرشيد لا كالصبي على المشهور لا أعرفه؛ وجعله ابن عبد السلام وابن هارون وهما.

الباجي: يحلف مع الشاهد الواحد المشهود له كان مؤمنًا أو كافرًا أو عبدًا ذكرًا أو أنثى، فإن كان صغيرًا، وانفرد بالحق؛ فمشهور مذهب مالك أنه يستحلف له المطلوب، وقاله ابن القاسم ورواه الأخوان.

وروى محمد: يوقف له حقه حتى يحتلم فيحلف، ولم يذكر اليمين، وقاله سَحنون.

وأشار المازري لتعقب أخذ الباجي ما عزاه لسَحنون فقال: تعلق بعض المتأخرين في سقوط يمين المطلوب بذكر لفظ رواية محمد قال: وأرى هذا المتأخر الصغير كمغمى عليه قام له شاهد، ولا يستحلف له المطلوب، وليس مثله لقرب إفاقته، وطول انتظار الصبي.

اللخمي والصقلي والمازري عن محمد: وعلى المشهور يسجل الإمام شهادة الشاهد خوف موته أو طروء جرحته.

ابن زرقون: قال ابن رُشْد: ذكر عن مالك والليث أن الصغير يحلف مع شاهده، وهو غريب.

قلتُ: يريد الصغير الذي يعرف القربة الذي تجوز وصيته لا غيره.

ولفظ ابن رُشْد في آخر ثاني مسألة من رسم جاع من سماع عيسى ما نصه: ووقع في كتاب جمعت فيه أقضية مالك والليث أن الصغير يحلف مع شاهده كالسفيه، وهو بعيد، لأن القلم عنه مرفوع فلا يتحرج من الحلف على باطل، وليس لولي الصغير أن يحلف مع شاهده، ويحلف وحده، واختلف في الأب؛ فالمشهور المعلوم من قول ابن القاسم، وروايته أن ذلك ليس له.

وقال ابن كنانة: له ذلك وهذا فيما لم يل الأب والوصي المعاملة فيه، وإن وليها

أحدهما وجبت عليه اليمين فيها؛لأنه إن لم يحلف غرم.

قلتُ: تضعيفه حلف الصبي بأنه لا يتحرج من الحلف على الباطل يضعف كونه باطلًا بقيام الشاهد العدل به.

الباجي: إذا قلنا يحلف المطلوب، فإن حلف بقي الحق عنده معينًا كان أو في الذمة، حتى يبلغ الصغير؛ فيحلف مع شاهده ويستحق حقه؛ فإن فات المعين فقيمته يوم الحكم به، قاله ابن حبيب عن الأخوين.

وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: فإن نَكَل الصبي بعد بلوغه؛ ففي العتبيَّة والموازيَّة وغيرهما، وهو المشهور: أن المطلوب لا يحلف؛ لأنه حلف، وهذا بناء على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط نُكُول المدعي، ويحتمل أن يقال يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده فقط، لما تعذرت يمين الطالب، فإذا حلف الطالب أخذ، وإن نَكَل حلف المطلوب يمين الاستحقاق إذ لو كانت يمينه أولًا يمين استحقاق، لوجب إن نَكَل عنه أن ينفذ القضاء عليه بنكوله، ولا يحلف المدعي يمينًا بعدها، وهذا أصل متنازع فيه.

قلتُ: سمع عيسى ابن القاسم إن أبى الصبي أن يحلف لما كبر فليس على المطلوب أن يحلف ثانية.

ابن رُشْد: وقعت هذه المسألة في سماع أَصْبَغ من كتاب المديان.

وفيها: قال أَصْبَغ: لأنه قد برئ يوم حلف، وهو بريء أبدًا حتى يحلف الصبي، فيكون حلفه كالشهادة الحادثة القاطعة، وعلى قول أَصْبَغ هذا لا يجب توقيف الدين.

وقيل: إذا حلف المطلوب أخذ الدين منه، فوقف حتى يكبر الصبي فيحلف ويأخذه، ومعناه إن لم يكن مليًا، وخيف عليه العدم، وهو في القياس صحيح إذ لو كان المدعى فيه معينًا لوجب وقفه أو بيعه ووقف ثمنه إن خشي عليه، على ما قاله ابن القاسم في سماع محمد بن خالد بعد هذا، وإذا وقف الدين أو العرض فضمانه من الصبي إن حلف، ومن الغريم إن نَكَل؛ لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما، وقيل: إن المطلوب يحلف ثانية إذا بلغ الصبي وأبى أن يحلف، وهو بعيد ووجهه أن يمينه أولًا لما لم تكن واجبة، وإلا سقط عنه الحق بها كانت إنما أفادت تأخير الحكم لبلوغ الصبي،

فإذا بلغ استؤنف الحكم، ولا خلاف إن نَكَل المطلوب أنه يغرم الحق، ولا يجب على الصغير حلف إن بلغ؛ لأن نكوله كالإقرار.

وكذا الوكيل الغائب يقيم شاهدًا واحدًا على حق للغائب، فيقضى على الذي عليه الحق باليمين إلى قدوم الغائب، فيحلف مع الشاهد أنه إن نَكَل غرم، ولم يكن على الغائب إذا قدم يمين.

قلتُ: انظر قوله: (لا خلاف إن نَكَل المطلوب أنه يغرم الحق، ولا يجب على الصغير حلف ... إلخ) مع ظاهر قول الباجي ما نصه: فإن نَكَل المطلوب أولًا غرم.

رواه ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن كنانة وقاله محمد.

قال ابن حبيب عنهما: فإن بلغ الصغير فعليه اليمين، فإن حلف قضي له، وإن نَكَل هذا، والكبير المولى عليه بعد الرشد، والبلوغ رد إلى المطلوب، فظاهره حلف الصبي بعد بلوغه، وإن كان المطلوب قد غرم لنكوله.

قال: ويحلف الصغير إذا كبر مع شاهده على البت.

محمد: ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به.

وفي كتاب ابن سَحنون متصلًا بقول مالك: إنه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر، وهو لا يدري هل شهد له بحق أم لا؟ فيحلف معه على خبره، ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهدان من مال وغيره، وهو لا يعلم ذلك إلا بقولهما.

قلتُ: ففي شرط حلفه مع شاهده بتيقنه أو ظنه قولا محمد وابن سَحنون عن مالك، وهما جاريان على الخلاف في الحالف على ما يظنه ولا يتيقنه، هل حلفه غموس أم لا؟ حسبما تقدم في الأيمان، وعلى القولين في كتاب العتق الأول منها فيه، وإذا كان عبد بين رجلين قال أحدهما: إن كان دخل المسجد أمس فهو حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل المسجد فهو حر، فإن ادعيا علم ما حلفا عليه دينا في ذلك، وإن قالا ما نوقن أدخل أم لا، وإنما حلفنا ظنًا فليعتقاه بغير قضاء، وقال غيره: يجبران على عتقه، ونحوه في الأيمان بالطلاق.

ورد المازري بصحته أخذ ما شهد به الشاهدان بأن إباحة كل المال، ورد الشرع

بالاكتفاء فيه بالظن إذ التكليف فيه باليقين حرج عظيم على النفس والأهل والتكليف باليمين بالله باليقين، وعزا بعض أشياخي القولين في التعديل على الظن في اليمين.

قلتُ: ذكرهما اللخمي روايتين في اليمين مع الشاهد.

الباجي: ومن نَكَل عن الحلف مع شاهده؛ فحلف المطلوب، ثم وجد الطالب شاهدًا آخر، ففي الموازيَّة: لا يضم له إلى الأول.

ورواه يحيى بن يحيى وابن سَحنون عن ابن القاسم، ولابن حبيب عن ابن عبد الحَكم وابن الماجِشُون عن مالك يضم له إلى الأول، ويقضى له به.

ابن كنانة: هذا وهمٌ، وكان يقول يضم إلى الأول، وإنما هو فيمن أقامت شاهدًا على طلاقها، فحلف الزوج، ثم وجدت شاهدًا آخر، فإنه يضم إلى الأول؛ لأنه لم يوجد منه نُكُول، وقاله ابن الماجِشُون.

وقال أَصْبَغ بقول مالك بالإضافة إلى الأول في الحقوق، كما لو لم يقم شاهدًا فحلف المطلوب، ثم وجد الطالب بينة أنه يقوم بها، وذكر ابن محرز القولين في ضمه غير معزوين.

ابن زرقون: قال أَصْبَغ: وكذا لو لم يقم بينة، ورد المطلوب اليمين على الطالب فنكَل، فلم يقض له لنُكُوله، ثم وجد بينة أخذ حقه ببينة، ولو حلف الطالب إذ ردت اليمين عليه، ثم وجد بينة ببراءته من ذلك قام بها، ورجع بما أخذ منه، لا أعرف غيره من قول أصحابنا.

قلتُ: فقول ابن الحاجب: ولو حلف المطلوب، ثم أتى الطالب بشاهد آخر لم يضم للأول اتفاقًا وهمٌ.

الباجي: وعلى عدم ضم الثاني للأول ففي الموازيَّة: يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده.

وقال ابن كنانة: لا يحلف مع الثاني لتركه حقه بنُكُوله، ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن سَحنون عن ابن القاسم، وعلى حلفه إن نَكَل ثانية ففي الموازيَّة: ترد اليمين ثانية على المطلوب؛ لأنه إنما أسقط بالأولى شهادة الأول.

وقال ابن ميسر: لا ترد عليه ثانية؛ لأنه حلف على هذا الحق مرة.

ابن زرقون: قول ابن كنانة، ورواية يحيى وابن سَحنون إنما هي على أن الثاني لا يضم.

قلتُ: وعلى ما ذكره الباجي فما المحوج لذكره. قال: وفي المسألة أربعة أقوال.

الأول: إن أتى بشاهدين قضي له بهما، وإن أتى بشاهد ثان استؤنف له الحكم، قاله ابن القاسم في الموازيَّة، فإن نَكَل ففي حلف المطلوب قولان تقدما.

الثاني: إن أتى بشاهدين قضي بهما وإن أتى بشاهد أضيف إلى الأول، وأخذ حقه دون يمين، رواه ابن الماجِشُون، وقاله عيسى بن دينار.

الثالث: أن نكوله أولًا قطع لحقه فلا يكون له شيء، ولو أتى بشاهدين غير الأول، قاله ابن القاسم وابن كنانة في المبسوط.

الرابع: إن جاء بشاهدين غير الأول قضي بهما، وإن أتى بشاهد واحد لم يقض له بشيء حكاه ابن رُشْد ولم ينسبه، ولوارث الصغير ما كان له بحكم صفة الوارث إن كان صغيرًا فكمورثه، وإن كان سفيها فكما مر فيه، وإن كان رشيدًا فله تعجيل حلفه.

قال ابن الحاجب: فلو كان وارث الصغير معه أولًا، وكان قد نَكَل لم يحلف على المنصوص؛ لأنه نَكَل عنها.

قلتُ: لا أعرفها إلا لنقل الصقلي على قولها إن كان الورثة صغارًا، وكبارًا لدين بشاهد واحد حلف الكبار، فإن نكلوا وبلغ الصغار فلهم أن يحلفوا، ويستحقوا حقهم ما نصه: قال بعض فقهائنا: لو مات الصغير صغيرًا فورثه كبير، نَكَل عن يمينه في حظه فليس له أن يحلف لتقدم نُكُوله.

الصقلي: الظاهر أن له أن يحلف على حظ الصغير هـ.

فيستحقه لحلوله محله في اليمين، ونُكُوله أولًا إنما كان عن حظه لو حلف أولًا، وأخذ حظه، ثم ورث الصغير لم يأخذ حظه إلا بيمين ثانية، فهما كحقين بكتابين كل حق بشاهد واحد، فليس نكوله عن الحلف مع أحدهما يسقط حلفه مع الآخر.

ابن عبد السلام: في استدلاله نظر لاحتمال أن يقال إنما أعيدت اليمين ثانية؛ لأنها

على الحق الأول فلم تتضمن الثاني وهب أنها تضمنته؛ لكنها قبل وجوبها، ونُكُوله أولًا الغالب أنه من ريبة أو لورع.

قلتُ: يرد بكون نكوله أولًا لعدم تيقنه حقية ما شهد به الشاهد، أو لعدم ظنه ذلك؛ ثم حصل له اليقين أو الظن.

وعن المازري قولي بعض الفقهاء والصقلي للمتأخرين، وقال: أظن أني رأيت هذا الخلاف بين أصحاب الشافعي.

الشَّيخ: روى محمد إن قام شاهد لطفل بدين لأمه لم يحلف معه أبوه.

قيل: وإن لزمته نفقته، قال: ما أظن ذلك.

زاد اللخمي: وفي كتاب المدنيين ذلك له قال: وإن ثبت على ميت دين بشاهدين، وشهد شاهد بالقضاء، والوارث صغير حلف الطالب، وأخذ ذلك، فإن بلغ الصغير حلف؛ واسترد المال، وإن نَكَل الطالب لم يكن له شيء، وهذا على القول بعدم وقف ما شهد به شاهد واحد لصبي من دين، وعلى القول بوقفه لا يقضى به للطالب هنا، ويوقف على يدي عدل، وإن ثبت لميت دين بشاهدين، وأثبت المطلوب شاهدًا لبراءته منه حلف معه وبرئ، فإن نَكَل غرم إن كان الوارث صغيرًا، وإن كان كبيرًا يظن به العلم للمواطنة للميت كالولد حلف، ويختلف هل يوقف المال من ذمة المطلوب؟

قلتُ: قوله: (يختلف) راجع لفرض كون الوارث صغيرًا.

قال ابن سَحنون: من شهد لميت بدين وارثه أخرس لا يفهم، ولا يفهم عنه حلف المدعى عليه وبرئ، فإن نَكَل غرم، وكذا المعتوه إن نَكَل المدعى عليه غرم، وإن حلف، ثم عقل المعتوه حلف واستحق، وإن شهد شاهد لغائب بدين لم يطلب الغريم دون وكيل، وإن شهد له شاهد بغصب؛ فللحاكم أن يحلف المشهود عليه، فإن نَكَل وقف الشيء المغصوب.

الشَّيخ عن أشهب: شهادة واحد بحبس في السبيل أو وصية فيه، أو لليتامى، أو من لا يعرف بعينه ساقطة، ليس لأحد ممن ذكر الحلف معه، وليحيى بن يحيى عن ابن القاسم مثله.

قلتُ: لما علله المازري بأن الحق لمجموع يتعذر حصوله، والواحد منه لا يتقرر حقه فيه إلا بإحصاء المجموع، وقال: يجب أن يحلف المشهود عليه على إبطال شهادة الشاهد عليه كالشاهد عليه بالطلاق.

قلتُ: وظاهر الروايات عدم حلفه لعدم تعين طالبه.

ونقل اللخمي كالمازري قائلا: إن نَكَل لزمه ما شهد به عليه، ولابن الماجِشُون إن شهد شاهد بوصية بعشرين للفقراء، وبعشرة لزيد فللوارث الحلف معه ليحاصص ذا العشرة بعشرين في الثلث.

ولسَحنون عن ابن القاسم: إن شهد شاهد بوصية لعتق ومال لرجل، حلف الموصى له بالمال، ولم يقض له إلا بما فضل عن العتق، وهذا خلاف قول عبد الملك، ووجه قول ابن القاسم أنه يقال للحالف من أهل الوصايا: إن كانت شهادتك جائزة؛ فإنما لك ما ينوبك فيه، ومالك مع العتق إلا ما فضل عنه.

الشَّيخ: قال محمد: إن قام شاهد واحد بحبس مسبل ومعقب، فقال أصحابنا: لا يصلح فيه يمين.

وروى ابن الماجِشُون: إن حلف جلهم نفذ لهم ولغيرهم ولغائبهم، ومن يولد لهم، وللسبيل بعدهم.

وروى أيضًا مع مُطَرِّف وابن وَهْب: إن حلف رجل واحد ثبت له، ولجميعهم، وإن لم يحلف معه غيره.

زاد اللخمي: وإن باد شهوده فلم يثبت إلا بسماع حلف واحد منهم، وثبت لجميعهم.

وقال بعض شُيُوخنا: إن شهد شاهد بحبس على عقب فمن حلف ثبت حظه وحده، ومن نَكَل سقط حظه، وردت اليمين على المشهود عليه، وهو أقيس كما لو شهد لورثة منهم غائب وحمل، فإن لمن حضر بالغًا أن يحلف، ويستحق حقه.

وذكر ابن الحاجب الاكتفاء بحلف الجل لرواية ابن الماجِشُون كالشَّيخ، فقال ابن عبد السلام: إنما حكاه المازري قولا لابن الماجِشُون لا لرواية.

قلتُ: والذي وجدته للمازري نقله عنه رواية كالشَّيخ، ووجه الاكتفاء يحلف واحد بأنه إذا أخذ حظه شركه فيه بقية أهل الحبس؛ لاعترافه أن ما أخذ حق أخوته فيه على الشياع، فإذا أخذ منه شيء عاد لليمين لإكمال حظه فلا يزال كذا حتى يؤخذ الحبس كله فاكتفى بيمينه وحده يمينًا واحدة.

قلتُ: يرد بمنع مشاركتهم إياه؛ لأن استحقاقه حقه إنما هو بسبب فعله، هم قادرون عليه وتركوه، فوجب أن لا يشركوه فيه كشريكين في دين على رجل ملدٍ، فطلب أحدهما شريكه في طلبه معه اقتضاءه فأبى، فلا دخول له على المقتضي بشيء، وما عزاه اللخمي لبعض شُيُوخه عزاه المازري لبعض شُيُوخ القرويين قائلا: ولو انقرض البطن الأول بعد استحقاقهم باليمين فهل يكتفي البطن الثاني بيمين الأول أم لا يكتفون؟ فكان بعض الأشياخ يشير إلى عدم اكتفائهم؛ لأن كل واحد من أهل الحبس له حكم نفسه لا تعلق له بغيره، وقاله بعض الشافعيَّة.

وقال بعضهم: يكتفي البطن الثاني بحلف الأول، وقدر الانتقال إليه كانتقال حق بإرث حلف عليه مورثه، والقول الأول عندهم بناء على أن ثبوت الحق لهم إنما هو بعقد تحبيس المحبس لا بالإرث عن آبائهم، وهذا مقتضى النظر.

والقياس على ما ذهب إليه بعض الأشياخ، ولو مات واحد من البطن الأول رجع حظه على بقية البطن الأول، وينظر في تجديد يمين عليهم لأجل الذي يرجع، فإن قيل: هذا الرجوع كالوراثة عن من مات على إحدى الطريقتين المذكورتين؛ لم يلزمهم يمين أخرى، وإن قدرنا رجوعه إليهم إنما هو عن المحبس حلفوا يمينًا ثانية، ولو عرضت اليمين على البطن الأول فنكل جميعهم، ثم جاء بعدهم البطن الثاني فمن قال: أخذ البطن الثاني كأخذ الوارث عن آبائهم؛ لم يمكنوا من الحلف لبطلان حقهم بنكُول آبائهم، وعلى الطريقة الأخرى، وهي الأظهر أن أخذهم إنما هو بعقد التحبيس من الحُبُس يمكنون من اليمين، ولم يضرهم نُكُول آبائهم.

ولو حلف واحد فاستحق حقه، ونكل الآخر من البطن الأول، ثم مات الحالف وحده، وبقي إخوته النَّاكِلون، فقيل: نُكُولهم كموتهم فيصير كل البطن قد ماتوا

أحدهم حقيقة، وسائرهم حكمًا بنُكُولهم، فينتقل الحق للبطن الثاني، وهذا عندي لا يصح على إحدى الطريقتين اللتين ذكرناهما، وهو أن نُكُول من نَكَل لا يبطل حق من يأتي بعده، فلا يرجع حظ النَّاكِل إلى أهل البطن الثاني، والأظهر أن المحبس إن اشترط أن لا يأخذ البطن الثاني شيئًا، إلا بعد انقراض البطن الأول، وموت جميعهم لم يأخذ أحد من البطن الثاني شيئًا مادام أحد من النَّاكلين حيًّا، ونقل ابن شاس كلام المازري على نحو ما ذكرناه.

قال ابن الحاجب بعد القول الرابع معبرًا عنه بقوله: فلو مات بقوله لمن حلف نصيبه فلو مات، ففي تعيين مستحقه من بقية الأولى أو البطن الثاني، أو من حلف أبوه خلاف، ثم في أخذه بغير يمين قولان، فقرر هذه الأقوال ابن هارون بما تقدم للمازري من الإجراء.

وقال ابن عبد السلام: هذه الوجوه لم يحكها المازري أقوالًا هكذا، وإنما جعلها على قواعد فتأملها في كتابه فكلامه هناك ليس بصريح فيما ذكره المؤلف.

قلتُ: ظاهر قوله قبوله الأقوال التي ذكر ابن الحاجب، وأن التعقب عليه إنما هو في تصريحه بأنها أقوال، وإنما هي في كلام المازري إجراءات على قواعده ذكرها، والحق أنها غير موجودة في كلام المازري؛ لأن حاصل كلامه لمن تأمله مسألتان:

الأولى: انتقال الحُبُس عن الطبقة الأولى إلى الثانية، أو لبقية طبقة لموت غيرها، ففي وقف هذا الانتقال على حلف المنتقل إليهم قولان بناء على كون استحقاقهم الحق بعقد المحبس الحُبُس أو بالإرث من المنتقل عنه.

الثانية: في صحة انتقاله لذوي الطبقة الثانية تلو ذوي الطبقة الأولى لنكوله، وبطلان انتقاله لذوي الثانية فلا حلف لهم قولان بناء عليهما، ومقتضى كلام ابن الحاجب أنهما مسألة واحدة فيها ستة أقوال وهي: لو مات بعضهم.

قيل: يستحق حقه بقية الأولى، وقيل: البطن الثاني، وقيل: من حلف أبوه، ثم في أخذه بغير يمين قولان، فظاهره أن القولين عامين في الاستحقاق المختلف فيه على الثلاثة أقوال في كل قول منها قولان، ومن أنصف علم أن لفظ المازري لا يدل على

هذا بوجه.

ولابن رُشْد في رسم الصبرة من سمَاع يحيى لو كانت شهادته لمن يحصره العدد كآل فلان، ومساكين آل فلان وشبهه، ففي استحقاقهم حقهم بحلف جلهم، وسقوط الحلف في هذا قولان قائمان من وصاياها الثاني، وتقدم حكم جراح العمد

[باب النقل]

النقل عرفًا: إخبار الشاهد عن سماعه شهرة غيره، أو سماعه إياه لقاض[1]،

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (النقل) لغة معلوم، وقد قصره الشرع في عرفه على بعض مدلوله وعرفا نصب على إسقاط الخافض كأحد الأوجه في الدليل لغة، وقول الشَّيخ - رحمه الله ورضي عنه- إخبار صير الجنس للنقل والإخبار، وهو مصدر أخبر، وهو مناسب له معنى، وقال في الأداء إعلام.
(فإن قلت): قد أدخل الشَّيخ شهادة النقل تحت جنس شهادة السماع وأخرجها بقوله: من غير معين، وذلك يدل على أن النقل يصدق عليه جنس شهادة السماع ومقولتهما واحدة، وما صرح به بقوله: (هناك لقب لما يصرح الشاهد... إلخ)؛ يدل على أن الجنس لهما هو قوله: (لقب) والنقل هو الإخبار كما ذكر هنا، وهو غير الجنس، فإن صح ما ذكر هنا فلا يحتاج إلى إخراجه في الحد السابق لقوله: (هناك لقب لما يصرح الشاهد... إلخ)؛ لأن الإخبار غير اللقب، وإن حقق ما ذكر هناك فيقول: (هنا لقب لا إخبار... إلخ)، وحاصل السؤال إن صح إدخال شهادة النقل فيما قبله فلا يحتاج إلى ما يخرجه من شهادة السماع.
(قُلتُ): الجواب عنه أن نقول الذي أخرج من حد شهادة السماع هو شهادة النقل لا النقل في قوله فتخرج شهادة البت والنقل مخفوض عطف على البت فشهادة النقل غير النقل؛ لأن شهادة النقل لقب، والنقل إعلام والله أعلم بقصده.
قوله: (إخبار الشاهد) أخرج به من ليس بشاهد إذا أخبر بسماع لا على وجه الشهادة، وأطلق الشاهد على من تحمل السماع قوله: (عن سماعه شهادة) معناه أنه أخبر عن الذي سمعه يذكر شهادة عنده، وعن سماعه متعلق بالإخبار والضمير يعود على الشاهد وشهادة غيره مفعول لسماعه.
(فإن قلت): النقل إنما هو إخبار الشاهد عن سماعه الإشهاد بشهادة غيره لا سماعه شهادة غيره.
(قُلتُ): ليس كذلك بل هو أعم من الإسماع والسماع، ويدخل فيه إذا سمع شهادة غيره يشهد بها غيره، ولم يشهد سامعها، واختلف في إعمالها، وصحة نقلها وشهر ابن رُشْد صحة النقل فيها، وأجرى ذلك على مسألة المدَوَّنة إذا سمع رجلًا واستوعب كلامه، وتخفى ولعله مضى في ذلك

على المشهور.
قوله: (أو سماعه إياه) عطف على السماع والضمير المضاف إليه يعود على الشاهد، وإياه عائد على الإخبار، وذكر هذه الزيادة ليدخل نقل النقل، وفي نسخة إياها، وعلى هذه النسخة ضمير سماعه يعود على غيره في قوله: (شهادة غيره) وضمير إياها على الشهادة، وأدخل بها أيضًا نقل النقل.
وقوله: (الشاهد) معناه من نسبت له الشهادة ليصدق على الذكر والأنثى، وتدخل فيه عموم الشهادة لكي يدخل نقل النساء على الخلاف في ذلك.
(فإن قلت): بأي شيء يتعلق لقاض.
(قُلتُ): يظهر أنه يتعلق بالإخبار.
(فإن قلت): فكيف دخلت اللام، وإنما تقول أخبرت القاضي.
(قُلتُ): اللام تقوية لعاملها، ويدل على ما قلنا قول الشَّيخ: فيخرج إخبار غير القاضي يعني أنه إذا أخبر الشاهد عن سماع شهادة غيره رجلًا غير قاض فليس بنقل عرفي، وتأمل لأي شيء عبر هنا بقوله: (لقاض) ولم يقل الحاكم كما قدم في غير هذا.
(فإن قلت): ما فائدة قول الشَّيخ: ثانيًا أو سماعه إياه، والأول يكفي عنه.
(قُلتُ): لا يكفي عنه؛ لأن الأول إنما هو إخبار عن سماعه شهادة غيره أما أنه يؤديها عند قاض أو سمعه يذكرها لغيره، والثانية أدخل بها نقل النقل.
(فإن قلت): وهل يصح أن يكون لقاض معمولًا لسماعه إياه، واللام للتقوية.
(قُلتُ): لا يصح ذلك إذا تؤمل، ثم قال: فيدخل نقل النقل معناه إذا نقل شاهد شهادة شاهد، ثم نقل ثان عن الناقل الأول فالأول مثلا يقول: انقل شهادتي على فلان أو اشهد على شهادتي، ويقول الثاني، اشهد على شهادتي على شهادة فلان فيصدق في إخبار الثاني إخبار الشاهد عن سماعه إخبار الشاهد.
(فإن قلت): إذا تعدد النقل فالوسائط أطلق عليها نقلا في قوله: نقل النقل، وليس في الوسائط إخبار لقاض فالحد غير صحيح.
(قُلتُ): إطلاق النقل على الوسائط لغة، والمعتبر شرعا هو الطرف الأخير الذي وقع للقاضي.
قال الشَّيخ: ويخرج الإخبار بذلك لغير قاض يعني إذا أخبر الشاهد الثاني غير القاضي فلا يقال فيه نقل، وهذا يدل على تعلق لقاض بالإخبار، ولما كان نقل النقل ليس منصوصًا عليه بعينه بل مأخوذًا من ظواهر استدل على العمل به بقياس من الشكل الأول فقال: النقل عن الأصل شيء، وكل شيء يجوز النقل فيه فالنقل يجوز النقل فيه، وهو المدعى دخوله في تعريفه الصغرى ضروريَّة والكبرى منصوصة بنصها.
(فإن قلت): الكبرى يقدح في عمومها بالشهادة على التعديل والتجريح، فإن فيها نزاعًا، وقد

فيدخل نقل النقل، ويخرج الإخبار بذلك لغير قاض، وظاهر عموم الروايات، وإطلاقها صحة نقل النقل، ولم أقف على نص فيه.

فيها مع غيرها: وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود، والطلاق، والولاء وكل شيء.

قلتُ: والنقل عن الأصل شيء، فإن قال المنقول عنه للناقل عنه: اشهد على شهادتي أو انقلها عني صح نقله اتفاقًا.

الباجي: من سمع شاهدًا ينص شهادته لم يجز نقلها عنه حتى يشهده على ذلك.

قلتُ: هي في النوادر عن محمد عن ابن القاسم.

قال أشهب: وليس بضيق رفع ذلك إلى الإمام، وقيل: لا يرفع خوف أن يغلط فيقضي بها.

الباجي: ولو سمعه الحاكم ينصها، ولم يؤدها عنده لم يعمل بها، وإن سمع شاهدًا يشهد على شهادته غيره، ولم يشهده، فقال محمد: لا يشهد على شهادته بخلاف المقر على نفسه، ويتخرج عندي على من يسمع رجلًا يشهد عند قاض في صحة نقلها قولا مُطَرِّف وأشهب مع أَصْبَغ قائلا: لا يجوز نقلها حتى يشهده، أو يشهد على قبولها القاضي.

قلتُ: زاد الشَّيخ أن ابن حبيب قال كمُطَرِّف.

وفيها: من مر برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما شيئًا، ولم يشهداه، ثم يطلب

أجازها مُطَرِّف وابن الماجِشُون، ومنعها سَحنون فالكبرى غير متفق على عمومها فلا يصح القياس والاستدلال بها.

(قُلتُ): الشَّيخ: ذكر بعد هذا ما يمكن الجواب به، فإنه لما ذكر الخلاف المذكور.

قال: وظاهر قوله بجواز الشهادة على الشهادة في كل شيء جوازها في التعديل والتجريح فكأنه يقول الاستدلال بظاهر عمومها على الأمرين على جواز نقل النقل، وعلى الشهادة على التعديل والأصل عدم التخصيص ومالك مخالف لمن منع ذلك، وراد عليه والشهادة على التعديل فيها تفصيل إما أن يكون بعد الشهادة أو قبلها، وتأمل ما في ذلك.

أحدهما تلك الشهادة.

قال: لا يشهد له.

قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله فليشهد، وإلا فلا إذ قد يكون قبله ما يبطله أو بعده، ونحوها في سماع أبي زيد.

ابن رُشْد: شهادة الرجل بما سمعه دون إشهاد له من المشهود عليه ثلاثة أقسام:

الأول: ما سمعه منه من قذف فوجب حده أو عقوبته، شهادته به مقبولة اتفاقًا.

الثاني: ما سمعه منه من إقرار على نفسه لحق لرجل في صحتها به قولان لابن القاسم فيها مع أحد قولي مالك، وابن أبي حازم مع ابن الماجِشُون، وروايته في المدنيَّة ورواية محمد، وأحد قولي مالك فيها.

الثالث: شهادته عليه بأن سمع منه من شهادته على غيره لحق أو قذف أو زنى لا تجوز اتفاقًا، وإن سمعه يؤديها عند الحاكم أو كان هو الحاكم فشهد بها عنده، أو سمعه يشهد غيره على شهادته، ولم يشهده؛ فالمشهور أنها جائزة.

وهو قول ابن القاسم في هذا السماع إن شهد رجل عند قاض بحق لرجل، فذهب ليأتي بشاهد آخر فوجده مات، وعزل القاضي، فشهادة القاضي أنه شهد عنده فلان أن له على فلان كذا جائزة، إن شهد معه غيره، وهي رواية حسين بن عاصم عنه في بعض روايات العتبيَّة.

والآتي على قياس قوله في المدَوَّنة في إجازة شهادة الرجل على الرجل بما سمعه إذا استوعب كلامه، وإن لم يشهده، وقيل: لا تجوز، وهو الآتي على قولي مالك، وروايتي ابن الماجِشُون ومحمد.

وفي نوازل سَحنون: أتجوز الشهادة على الشهادة في العدالة، كما تجوز في الأموال مثل أن يكون لي علم عند رجل أخاف أن يطلبني القاضي بتعديله، ولا أحد من يعدله إلا رجلين مرضيين أخاف موتهما أو غيبتهما، فقلت لهما: اشهدا لي أن فلانًا عندكما من أهل العدل والرضا؛ فأشهدا لي على ذلك رجلين، ثم سألني القاضي عدالة شاهدي فشهد الشاهدان أن فلانًا وفلانًا أشهدانا أن فلانًا من أهل العدل والرضا.

قال: يطلب القاضي من الخصم أن يعدله غيرهما، فإن لم يجد جازت الشهادة فيه على الشهادة إذا كان لغيب اللذان زكياه من أهل الحضر لا من أهل البادية؛ لأن البدوي لا يعدل الحضري.

قيل: فالتجريح أتجوز فيه الشهادة على الشهادة كما وصفنا في العدالة في غيبة الشهود أو مرضهم.

قال: نعم.

ابن رُشْد للأخوين خلاف قول سَحنون: هذا لأن العدالة لا تكون في الشهادة إلا عند السلطان بعد أن يشهدوا في الحين الذي يقطع بشهادته، وأما أن يستدعي الرجل تعديله الرجل، ويشهد على ذلك منه كما يفعل في الشهادة تكون عنده إذا أراد أن يشهد عليها، أو يكون الشاهد تحمل لشهادته من بلد، ويكون الذي تحمل شهادته لا يعرفه بالعدالة، ولا بغيرها فيعدله عنده من يثق به فهذا لا يجوز، ولا علمنا من قاله إلا أن يشهد شاهد على شهادة آخر غائب، فيخبر بعلمه بعدالته مع شهادته على شهادته، ولو شهد شاهد عند حاكم فاستعدله فكان رجل مريض يعدله لا يقدر بمرضه البلوغ إلى الحاكم، فأراد أن يبعث للقاضي بتعديله إياه مع رجلين عدلين يشهدهما أنه عدل فذلك جائز؛ لأن الشهادة وقعت عند الحاكم والعدالة هنا إنما هي القطع بالشهادة، وقاله أَصْبَغ، واستحسنه.

ولابن سَحنون: أن أباه رجع عن الشهادة على الشهادة في العدالة والتجريح إلا في تعديل البدوي فهي جائزة، وهو الصواب؛ لأن التعديل لا يكون إلا بعد الشهادة، ولو جاز قبلها لجازت شهادة غير العدل لتغير أحوال الناس.

قلتُ: ظاهر قولها تجوز الشهادة على الشهادة في كل شيء جوازها في التعديل والتجريح؛ لأنها شيء.

ولما كان تمام شهادة النقل بأدائها ناقلها عنه كان ظرف مانع شهادة الأصل قبل أدائها ناقلها كطروه على شاهد قبل أداء شهادته وبعده، وقبل الحكم بها، والأول واضح، والثاني تقدم حكمه.

المازري: تقدمت الرواية بأن حدوث سبب العداوة بعد تقييد شهادة الشاهد لا يمنع القضاء بها؛ لأن أداء شهادته قبل صيرورته عدوًا لا توجب تهمته، ومنع بعض العلماء القضاء بها نقل عمن صار عدوًا للمشهود عليه؛ لأنه رأى ظهور عداوته يشعر بمقدمات وسوابق.

قلتُ: ظاهر كلامه أن المذهب عدم سقوط شهادة المنقول عنه بحدوث عداوته بعد سماع نقلها منه، وقيل: أداء نقله كحدوث ذلك بعد أدائها للحاكم قبل نفوذ حكمه، ولا يخفى أن أداءه للحاكم أدل على ثبوتها من سماعها للنقل عنه، ولذا قال ابن شاس: إذا طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردت امتنعت شهادة الفرع.

قال المازري: وحدوث فسق الأصل بعد سماع النقل عنه، وقبل أدائه يبطل شهادته، وأشار بعض أصحابنا إلى أن الفسق إن كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر بسابق مقدمات تمنع العدالة، وإن كان مما يجاهر به كالقتل لم يشعر بأنه كان كذلك فيما سبق.

قال: ولو انتقل من طرأ فسقه لعدالة، ففي صحة النقل عنه بالسماع منه أولًا، أو سماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس.

قلتُ: قد يتخرج الخلاف المذكور على قولي ابن القاسم وأشهب في فسخ شراء من اشترى سلعة شراء فاسدًا، ورجعت إليه بعد أن باعها وفوته بما تقدم من بيعه، والله أعلم.

وطروء العمى والجنون: لغو في الأصل، والفرع للغوهما في شهادة غير النقل.

وشرط النقل تعذر أداء الأصل أو تعسره كموته أو مرضه أو بعد مكانه عن محل الأداء.

الشَّيخ عن الموازيَّة: إنما ينقل عن مريض أو غائب لغيبة بعيدة، ويغير حداثة غيبتهم.

اللخمي: لا ينقل عن حاضر قادر على أداء شهادته لإمكان أن تأخره لريبة، لو حضر ثبتت عليه؛ ولأن تخوف سهو الأصل، وكذبه وغلطه أخف من تخوف ذلك منه،

ومن الناقل.

وعبر عنه المازري بأن ظن القاضي حقية المشهود به بسماعه من الأصل يقوي من ظنه بسماعه من الناقل.

قلتُ: وعليه يشترط في قبول نقل الناقل ما يشترط في النقل.

اللخمي: لابن الماجِشُون، وفي الواضحة: ينقل عن النساء، وإن حضرن، وهو الشأن.

الباجي: رواه ابن حبيب عن مُطَرِّف قال: ولم أر قط بالمدينة امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم، ولكنها تحمل عنها.

قال المازري: ولما أمر النساء به من الستر والبعد من الرجال، ولذا قال بعض العلماء: لا يلزم المخدرة حضور مجلس القضاء للمحاكمة.

وقال القفال: لا بد من حضورها للحكم.

قال بعضهم: والمخدرة هي التي لا تبتذل بكثرة التصرف، ولا تخرج إلا لزيارة أو حضور ما لابد منه.

قلتُ: تقدم هذا في الأقضية، والأظهر الفرق بين من يخشى من خروجها لمفسدة، ومن لا.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم لا تجوز شهادة النساء على شهادة رجل، ولو كن ألفًا إلا مع رجل.

ابن رُشْد: هذا معلوم مشهور من مذهب ابن القاسم، وروايته في المدَوَّنة وغيرها خلاف قول ابن الماجِشُون: إن شهادتهن لا تجوز إلا فيما يجوز فيه شاهد ويمين.

قلتُ: فإذا جاز نقلهن فكيف ينقل عنهن على حضورهن على قول ابن القاسم، وظاهر قول المازري أن ما ذكره ابن حبيب هو المذهب لقوله ما نصه: إذا بان عذر المنقول عنهم كالنقل عن النساء جاز النقل عنهن بحضرتهن.

اللخمي: واختلف في حد الغيبة، فقال ابن القاسم في الموازيَّة: إن كانت الشهادة في الحدود لم تنقل إلا في الغيبة البعيدة لا في ثلاثة أيام، وتجوز اليومان في غير الحدود.

وقال سَحنون: إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة، أو الستين ميلا جاز النقل، ولم يفرق بين مالٍ وحدٍ.

ولابن القاسم في المدَوَّنة: من أراد أن يحلف خصمه لغيبة بينته، ثم يقوم بها إن كانت قريبة كثلاثة أيام؛ قيل له: قرب بينتك، وإلا فاستحلفه على تركها، والأول أحسن، والاحتياط للحدود أولى، وتبعه المازري في نقله، وقبل تخريجه من مسألة المدَوَّنة.

قلتُ: فعليه في كون مسافة الثلاثة الأيام قربًا، وهو على مسافتها كحاضر أو بعدًا، ثالثها: في الحدود لا في الأموال لتخريج اللخمي من متقدم قولها، وسَحنون وابن القاسم في الموازيَّة، وقد يرد تخريجه بأن قوله: (قرب بينتك) أعم من كونه بإحضارها أو نقل عنها، وبأنه لا يلزم من عدم الحكم لها بالبعد في تحليف الخصم مع القيام بها إن حضرت عدم الحكم لها بالبعد في النقل لمشقة الحلف في مسألتها، وعدمه في النقل، واختصارها أبو سعيد بقوله:وإن قال الطالب للإمام بينتي غائبة، فأحلفه لي، فإذا قدمت قمت بها نظر الإمام، فإن كانت بينته بعيدة الغيبة، وخاف تطاول الأمر، وذهاب الغريم أحلفه له، وكان له القيام ببينته، إذا قدمت، وإن كانت بينته قريبة الغيبة على مثل اليومين والثلاثة لم يحلفه، إلا على إسقاطها فأسقط لفظ قرب بينتك متعقب لإسقاطه ما منه التجريح، فإن قلت: لا يتعين كون التخريج من قوله: (قرب بينتك) بل مما اقتصر عليه أبو سعيد، ولذا قال المازري ما نصه: أشار في المدَوَّنة إلى كون الثلاثة أيام في غير الحدود قريبة، فقال: من أراد أن يستحلف خصمه لكون من شهد له على ثلاثة أيام لا يمكن من ذلك حتى يسقط القيام بالبينة فجعلها في حكم الحاضرة.

قلتُ: لا يتم الأخذ من هذا اللفظ؛ لأن عدم تمكينه من تحليفه دون إسقاطه القيام ببينته يحتمل أنه لقدرته على تسببه في نقلها دون مشقة لا؛ لأنها كالحاضرة.

الباجي: وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة، ففي الموازيَّة لا تنقل فيها شهادة، ووجهه إن تغيب عن مكانه اليومين والثلاثة، وأما من كان في موضعه على مسيرة يومين أو ثلاثة؛ فيصح نقلها عنه.

قال محمد: إنما ينقل عنهم الشهادة إذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بإثر غيبتهم؛ يريد: أنه بإثر غيبتهم على مسافة قريبة، ولا يؤمن رجوعهم.

الشَّيخ عن الموازيَّة: ليس النقل عن الشاهد بتعديل له حتى يعدله الناقلون أو يعرفه القاضي بعدالة.

أشهب: وإلا طلب منه من يزكيه.

ابن حبيب: قال مُطَرِّف: وإن قال الناقلون: أشهدنا على كذا قوم كانوا عندنا يومئذ عدولًا، ولا ندري اليوم من هم، لم يجز شهادتهم حتى يسموهم فيعرف أنهم غيب أو أموات، فتجوز شهادتهم، وإلا لم تجز إذ لعلهم حضور نزعوا عن شهادتهم، أو نسوها أو حالت حالتهم بجرحتهم، وقاله أَصْبَغ.

وسمع أَصْبَغ أشهب: إن شهد قوم على شهادة رجل لا يعرفونه، ويعرف القاضي عدالته أو يعدله عنده غيرهم جازت شهادته.

قال أَصْبَغ: وذلك بعد معرفة أخرى أنه الذي شهد على شهادته بعينه لا يحتمل أنه لغيره.

ابن رُشْد: قوله: وهم لا يعرفونه؛ معناه: لا يعرفونه بالعدالة، ويعرفونه بالعين والاسم مع كونه مشهورًا لا يختلط بغيره، وإلا لم تجز الشهادة لاحتمال أن يكون الذي شهدوا على شهادته غير الذي عرفه القاضي بالعدالة والمعدلون؛ هذا معنى قول أَصْبَغ، وهو تفسير قول ابن القاسم.

عياض: قيل: إن لم يعدل الشاهد من شهد على شهادته، فهي ريبة في شهادته، والصواب جوازها بتعديل غير الناقل.

قلتُ: لم ينقل المازري عن المذهب غيره، وعزا الأول للشافعي قال: والمذهب أنه لا يجوز النقل عن من يعلم الناقل جرحته؛ لأن فيه على القاضي تلبيسًا، وما نقله عياض أولًا هو ظاهر نقل ابن عبد البر في كافيه بقوله: ولا يجب لرجل أن يشهد على شهادة من لا يعرفه بالعدالة، ورد عياض أخذ بعضهم من قولها بصحة نقل النساء جواز نقل الرجل عمن لا يعدله لامتناع تعديلهن بأن منعه إنما هو بالسنة.

وفيها: قال مالك: تجوز شهادة النساء على الشهادة في الأموال والوكالة عليها، وهن وإن كثرن كرجل، فلا ينقلن إلا مع رجل نقلن عن رجل أو امرأة، وقاله أشهب.

وقال غيره: لا تجوز شهادتهن على شهادة، ولا على وكالة في مال.

سَحنون: وهذا أعدل.

عياض: يريد أن أشهب وافقه في نقلهن فقط لا في الشهادة على الوكالة بينه سَحنون بعد هذا.

وسمع عيسى ابن القاسم إن شهدت امرأتان على شهادة امرأتين بحق، ومعهما رجل شاهد بالحق مع المرأتين الغائبتين لم يجز ذلك إلا أن يكون مع المرأتين رجل، وإنما تجوز شهادة المرأتين بأبدانهما، فإن غابت أبدانهما فلابد أن يكون مع المرأتين رجل، واحتج بأن شهادة الرجل تجوز ببدنه، وتحلف معه، فإن غاب بدنه لم يجز أن يشهد على شهادته رجل واحد بل رجلان، ثم يكون ذلك كرجل يحلف معه.

وفي سماع أَصْبَغ من كتاب القضاء المحض قال أشهب: لا يعجبني هذا أرى ما جازت فيه شهادتهن تامة بلا رجل، ولا يمين كالاستهلال، وعيوب النساء تجوز شهادتهن فيه على شهادة مثلهن بلا رجل معهن.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: إن غاب بدنه لم يجز أن يشهد على شهادته رجل واحد بل رجلان.

يريد: أو رجل وامرأتان هو نص ما في شهادتها خلاف قول ابن الماجِشُون وسَحنون في أن شهادة النساء لا تجوز إلا فيما يجوز فيه الشاهد واليمين، ولم يتكلم ابن القاسم في شهادة النساء على شهادة النساء فيما يجوز فيه شهادتهن دون رجل، وقول أَصْبَغ: لا يعجبني هذا، وأرى ... إلخ.

يدل على أن روايته عن ابن القاسم أنه لابد في شهادتهن على شهادة النساء في ذلك من رجل معين، وأنه لا يجوز في ذلك شهادة النساء وحدهن، وهو القياس؛ لأن شهادتهن وحدهن على الأصل إنما هي للضرورة، ولا ضرورة في انفرادهن في النقل، وظاهر قول أَصْبَغ أنه يجزئ في ذلك امرأتان على امرأتين.

وقال بعض أهل النظر: وأراه ابن لبابة معنى قول أَصْبَغ أنه يجزئ في ذلك امرأتان على امرأتين، لا تقوم امرأتان بشهادة امرأتين حتى يكن أربعًا، وهو تأويل بعيد لا وجه له في النظر.

قلتُ: ففي لغو نقلهن مطلقًا، وصحته في مطلق ما تجوز فيه شهادتهن بشرط نقل رجل معهن، ثالثها: تجوز فيما لا يطلع عليه غيرهن، ولو كن اثنتين دون رجل، ورابعها: إن كن فيه دون رجل فلابد من أربع لابن الماجِشُون مع سَحنون، وابن القاسم فيها مع سماعه عيسى، وقول أَصْبَغ، وتأويله ابن لبابة.

قال ابن الحاجب: وتنقل المرأتان مع رجل في شهادتهن، ومنعه أشهب.

قلتُ: تبع في عزوه لأشهب ابن شاس، وهو وهمٌ لما تقدم من قولها، وقاله أشهب، وبينه عياض حسب ما قدمناه.

والعجب من ابن عبد السلام وابن هارون في قبولهما إياه، والظن بهما عدم جهلهما لفظ المدَوَّنة، وكلام عياض، وقول اللخمي: أجاز أشهب نقل اثنين في الأموال، ولم يجز نقل النساء فيه؛ يريد: إن انفردن لنقله الشَّيخ عنه بزيادة إلا أن ينقل معهن رجل نقلن عن رجل أو امرأة.

فإن قلت: قال المتيطي، وابن فتوح ما نصه: منع أشهب وعبد الملك نقلهن شهادة رجل وامرأة مع رجل أو دونه.

قلتُ: هو عندي، وهمٌ لنقل النوادر عن الموازيَّة ما نصه: تجوز شهادتهن على الوكالة في المال عند ابن القاسم، وقال أشهب وعبد الملك: لا تجوز، ولا ينقلن شهادة، وإن كانت في مال إلا أن يزكى غيرهن، وينقل معهن رجل نقلن عن رجل أو امرأة.

اللخمي عن محمد: إن شهد رجلان على شهادة رجل في حق وعدلاً رجلاً شهد به جاز، ولو شهد رجلان بحق لم يجز تعديل أحدهما الآخر.

وشرط نقل غير الزنا اثنان، ولو اشتركا في أصل آخر.

فيها: وشهادة رجلين تجوز على شهادة عدد كثير، ولا يقبل أقل من اثنين في الحقوق عن واحد فأكثر.

اللخمي: قال ابن الماجِشُون: لا يجزئ في الشهادة على السماع أقل من أربعة؛ لأنه كالشهادة على الشهادة فلا يجري على قوله في المال والحدود غير الزنا أقل من أربعة، وإن نقل عن حكم قاض، فإن كانت الشهادة على القاضي بحكم تضمن مالًا كفى اثنان، وإن كانت على بينة في الحكم لم يجز أقل من أربعة.

وشرط نقل الزنا أربعة عن كل واحد اثنان، فتصح الشركة في كل أصل أو بعضه.

في الرجم منها: تجوز الشهادة على الشهادة في الزنا مثل أن يشهد أربعة على شهادة أربعة، أو اثنان على شهادة اثنين، واثنين على شهادة اثنين آخرين، ولو شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة أربعة لم يحد الرجل وحد الثلاثة إلا أن يقيموا أربعة سواهم على شهادة أربعة أشهدوهم، فلا يحدوا، ويحد الزاني.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: يجوز ثلاثة على ثلاثة في الزنا، واثنان على واحد.

ابن رُشْد: هو نصها أن الشهادة على الشهادة في الزنا لا تتم بأقل من أربعة، وذكر ما تقدم.

وقال: وإن تفرقوا لزم اثنان على كل واحد فيصيرون ثمانية، ويكفي في تعديلهم ما يكفي في غيرهم اثنان على كل واحد وأربعة على جميعهم، وقاله ابن الماجِشُون، وابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ، وقول ابن القاسم في السماع يجوز ثلاثة على ثلاثة، واثنان على واحد كلام خرج على سؤال سائل لا أنه لا يجوز عنده أقل من ذلك؛ لأنه يجوز على مذهبه اثنان على ثلاثة، واثنان على الواحد.

وروى مُطَرِّف أنه لا يجوز في النقل في الزنا إلا ستة عشر، أربعة على كل واحد من الأربعة اجتمعوا أو تفرقوا، وكذا لا يجوز عنده في تعديل الشهود على الشهود إلا أربعة وستون، أربعة على كل واحد من الستة عشر اجتمعوا أو تفرقوا، ويتخرج فيها قول ثالث، وهو جواز أربعة على جميعهم إن اجتمعوا، وأربعة على كل واحد إن افترقوا.

المازري: ذكر في عدد ناقلي شهادة الزنا أربعة أقوال: أحدها: يقبل في ذلك رجلان كما يقبل في أحد القولين عندنا شهادة رجلين في الإقرار بالزنا، إذ الشاهدان على رجل أنه أقر عندهما بالزنا كالشهادة على أربعة رجال أنهم أقروا عندهم بأنهم يشهدون في

الزنـا، وأذنـوا لهـم في النقـل عـنهم، فـلا يفتقـر في النقـل إلى أربـع كـما افتقـر إلى ذلـك في الشهادة بالمعاينة بالزنا؛ لأن طلب الأربعة في الشهادة بالمعاينة في الزنا لستر العورات بخلاف نقل الشهادة به أو الإقرار به، فيترجح هذا القول من أحد القولين في الشهادة بالإقرار بالزنا.

وفيها: إن أثبت هذا القول بنص فهو في عهدته، وإن أثبته بتخريجه المذكور رد بأنه في إقراره أسقط حقه في طلب ستر الشرع عليه في تغليظ ثبوت زناه بأربعة شهداء بإقراره، وفضيحته نفسه، فصار ذلك عليه كسائر الحقوق، وهو في نقل الشهادة عليه باق على حقه في الستر؛ فوجب بقاء اعتبار العدد وجوبًا أحرويًا بدليل قول موجب ثمانية أو ستة عشر.

قال: وقد يقبل في ذلك نقل أربعة ليطابق عدد الناقلين، عدد المنقول عنهم، وهذا كالقول بأنه لا يقبل في الإقرار بالزنا أقل من أربعة، وهذا إذا سمع من كل واحد من الأصل شاهدان من الأربعة الناقلين، وقيل: لا يقبل في ذلك أقل من ثمانية على أن كل واحد لا ينقل عنه إلا رجلان لا مدخل لهما في النقل عن غيره كذا حكي عن بعض الناس هذا القول مطلقًا.

والذي في الرواية عن عبد الملك أنه يفتقر إلى ثمانية إذا نقلوا مفترقين، وقيل: يفتقر إلى ستة عشر، وعند قائل هذا القول لا يعدل المعاينين أقل من ستة عشر رجلًا، وكذا قال من ذهب إلى شرط ثمانية؛ وهو عبد الملك أن التعديل لا يكون بأقل من ثمانية.

قلتُ: فيتحصل في المسألة خمسة أقوال:

أول أربعة: المازري مع أربعة.

ابن رُشْد: قال ابن عبد السلام: تقدم أن في المذهب قولًا شاذًا؛ أن شهود الزنا والحدود لابد أن يكونوا معلومي العدالة عند القاضي.

قلتُ: تقدم تعقبه عليه بأن هذا القول إنما هو في الدماء لا في الحدود.

قال ابن زرقون: ذكر ابن عبد الغفور أن التعديل يكون في الدماء، وفي كل شيء، وهو قول مالك في كتاب الديات في المدَوَّنة.

وقال أحمد بن عبد الملك: لا تكون عدالة في الدماء، ولم يصحب هذا القول عمل.

وتتم الشهادة ببعض الأصل والنقل عن باقيه بشرط عدده عند قائليه.

الشَّيخ: لمحمد عن ابن القاسم: إن شهد واحد على رؤية نفسه، وثلاثة على شهادة ثلاثة فذلك تام، ولا يجب الحد حتى يكون عدد الشهود أربعة عند الحاكم، وكذا لو شهد اثنان على الرؤية، واثنان على شهادة اثنين، وأما واحد على رؤية نفسه، واثنان على شهادة ثلاثة؛ لم تجز، وحد شاهد الرؤية للقذف، وشاهدا النقل إن لم يكن في لفظهم أنه زان، إنما قالا: أشهدونا على شهادتهم أن فلانًا زان رأيناه وفلان معنا لم يحدا، وإن قدم الثلاثة حدوا؛ إلا أن يثبتوا على شهادتهم حين قدموا، ويشهدوا بها فيحد المشهود عليه.

محمد: هذا إن تأخر ضرب الشاهد الأول حتى قدم هؤلاء، وكذا لو مات واحد وقدم اثنان؛ لأنه قد ثبتت شهادة اثنين على شهادة الميت منهم، وكذا إن لم يقدم منهم غير واحد فشهد، قاله ابن القاسم وأشهب وأَصْبَغ.

وروى مُطَرِّف: إن حضر ثلاثة على الرؤية وغاب الرابع أو مات لم تقم شهادته إلا بأربعة ينقلون عنهم.

وسمع عيسى ابن القاسم في الشهادة على الشهادة في الزنا: لا تجوز حتى يشهد أربعة على أربعة في موضع واحد، ويوم واحد، وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة.

ابن رُشْد: ليس من شرط بينة الزنا تسمية الموضع، ولا اليوم، ولا الساعة، وإنما شرطها عند ابن القاسم ألا يختلف الشهود في ذلك، فإن شهد الشهود بمعاينة الفَرْج في الفَرْج تمت الشهادة، وإن قالوا: لا نذكر اليوم، ولا نحد الموضع، وإن سموهما كان أتم.

وذكر بعض ما تقدم في بينة الزنا، ثم قال: لا تجوز شهادة أربعة على أربعة في الزنا؛ إلا أن يشهد الأربعة معًا على شهادة كل واحد من الأربعة أنهم رأوه معًا يزني بفلانة؛ فَرْجه في فَرْجها، كالمِرْوَد في المكحلة، وإن تفرق إشهادهم لهم مثل أن يشهد اليوم أحدهم، وغدًا الثاني، وبعد غد الثالث، والذي يليه الرابع، وأما إن تفرقوا في الإشهاد

مثل أن يشهد أحدهم اليوم على شهادة جميع الأربعة، ثم يشهدهم الثاني غدًا، ثم يشهدهم الثالث بعد غد، ثم يشهدهم الرابع في اليوم الذي يليه، فلا يجوز ذلك إلا على القول بجواز أن يفرق الشهود في تأدية الشهادة في الزنا، ومضى ذكر ذلك؛ لأن الإشهاد على الشهادة كتأدية الشهادة فيما يلزم فيها.

ومراد ابن القاسم بقوله: (في موضع واحد، ويوم واحد، وساعة واحدة) أن يكون الزنا الذي شهد عليه الأربعة زنًا واحدًا.

ويريد بقوله: (في موقف واحد) أن يشهدوا كلهم معًا على شهادتهم بكل واحد من الشهود الأربعة، وأن يؤدي الشهود الأربعة الشهادة على الشهادة عند الحكم؛ معًا غير مفترقين.

وقيل: إن تفرقوا جاز، فإن شهد أربعة على أقل من أربعة، أو أقل من أربعة على أربعة؛ حُدُّوا؛ إلا أن يأتوا بما يوجب الحد على المشهود عليه، وذلك أربعة سواهم يشهدون على شهادة أربعة، أو على معاينة الزنا، على القول بأنه لا يجوز تفرق الشهود في تأدية الشهادة في الزنا، وعلى القول بجواز ذلك يجزئهم إن كانوا ثلاثة أن يأتوا بشاهد يشهد معهم، يشهد على شهادة الأربعة، وعلى شهادة نفسه.

قلتُ: ما حكاه -أولًا- خلاف حكم ما تقدم لمحمد عن ابن القاسم وأشهب وأَصْبَغ فتأمله.

الشَّيخ: سمع يحيى ابن القاسم في شاهدين نقلا شهادة رجل، وحكم بها، ثم قدم فأنكر أنه أشهدهما، أو عنده في ذلك علم، قال مالك: يفسخ ذلك.

وفي سماع عيسى إن نقلا عن شاهد، فحكم له مع اليمين، أو عن اثنين فحكم بها، ثم قدم من نقلا عنه فأنكر؛ فالحكم ماض، ولا غرم عليهما، ولا يقبل تكذيبه لهما.

وروى نحوه أبو زيد.

وعن المازري: الأول؛ لرواية ابن حبيب، وعن الثاني لمُطَرِّف وابن القاسم.

ابن رُشْد: جعل ابن القاسم إنكار الشهود بعد الحكم كرجوع الشاهد عن الشهادة بعد الحكم في أن الحكم لا يرد لاستواء المسألتين في أن الحاكم حكم بما يجوز له

من الشهادة دون تفريط.

ووجه تفرقة مالك هو أن إنكار المشهود على شهادته إن كان صادقًا في إنكاره وتكذيبه من نقل عنه؛ بطلت الشهادة لتصديقه في تكذيبه شهادته؛ إذ لم يثبت عليه أنه أشهدهما على شهادته، ثم رجع عنها، فوجب رد الحكم لئلا يتلف على المقضي عليه ماله، والشاهدان إذا رجعا عن شهادتهما مقران بالعداء على المحكوم عليه.

ابن الحاجب: وإذا كذب الأصل الفرع قبل الحكم بطلت، وبعده تامة.

ابن القاسم: يمضي، ولا غرم.

ابن حبيب: ينقض، وقيل: يمضي ويغرم الأصل لرجوعهم.

قلتُ: قوله: قبل الحكم بطلت.

قال ابن رُشْد: اتفاقًا، والقول الثالث لم يحكه الشَّيخ ولا ابن رُشْد.

وقال اللخمي في كتاب الرجم: إن شهد اثنان على شهادة أربعة؛ فلم يحدوا على قول ابن القاسم حتى قدم الأربعة المنقول عنهم، فإن ثبتوا على شهادتهم؛ حد المشهود عليه، واختلف إن أنكروا أنهم أمروهما بالنقل عنهم، فقال محمد: يُحَدّ القادمون؛ لأنهما صارا شاهدين عليهم بقذفهم هذا الرجل، وجعلهم كالراجعين عن شهادتهم، وإن نقل اثنان عن ثلاثة، وواحد على المعاينة؛ فلم يُحَدّ حتى قدم الثلاثة، فإن ثبتوا على ما نقل عنهم؛ حدوا هم، والرابع الشاهد بالمعاينة على قول ابن القاسم، ولم يحدوا على قول أشهب، وحد المشهود عليه؛ لأنهم يضم الشهادة، وإن أنكروا، وقالوا: ما أشهدناهما بشيء لم يُحَدّ المشهود عليه، ويختلف في حد المنقول عنهم فعلى قول محمد، وعلى قول مالك في شاهدين على شهادة رجلين بمال، فقضي بشهادتهما، ثم قدم المنقول عنهما فأنكرا الشهادة أنه يرد الحكم لا يحدون.

وقال الأخوان، وأَصْبَغ، وابن القاسم: الحكم ماض، ولا شيء على المنقول عنهم، ولا على الناقلين، فرد مالك الحكم، ولم يرهم كالراجعين عن شهادتهم، وعلى قوله هذا لا يُحَدّ القادمون، وعلى قول مُطَرِّف وابن القاسم أيضًا؛ لا يُحَدّ المنقول عنهم، وتسقط دية المرجوم إذا نقل أربعة عن أربعة، ورجم، ثم أنكر المنقول عنهم.

وعلى قول محمد يغرم القادمون الدية والمال إذا كان الحكم بمال.

وذكر ابن سَحنون القولين إذا أنكر المنقول عنهم بعد الحكم: هل ينقض الحكم أم لا؟

قلتُ: فلا أعلم ما يثبت نقل ابن الحاجب القول الثالث إلا قول اللخمي.

وعلى قول محمد يغرم القادمون الدية والمال إذا كان الحكم بمال.

ويرد بأنه إنما قاله محمد في تكذيبهم مَن نقل عنهم قبل الحكم.

وتقدم نقل ابن رُشْد الاتفاق على بطلان شهادتهم في تكذيبهم من نقل عنهم قبل الحكم، ولا يلزم من جعلهم راجعين قبل الحكم، جعلهم كذلك بعد الحكم لما تقدم من توجيه.

ابن رُشْد: القول بإمضاء الحكم.

وتبعه المازري في عزوه لمحمد في المسألة التي ذكر عنه أن المنقول عنهم بإنكارهم كالراجعين، ولم يصرح بإغرامهم.

وزاد الشَّيخ في مسألة تكذيب الأصل من نقل عنهم قبل الحكم -من الموازيَّة- أنه لا يجوز أن ينقل عنه إلا أن يكون صار ذلك إقرارًا على نفسه، أو آل إلى أن صار بمجرده منفعة فينفذ ذلك عليه.

قلتُ: صيرورته إقرارًا بأن تكون شهادة الأصل بدين على رجل فلم تنقل عنه حتى مات المدين على المال، والأصل وارثه وصيرورة جحوده منفعة له أن تكون شهادة الأصل على المشهود عليه بدين، وهو مدين للأصل فلم ينقل عنه حتى فلَّس.

المازري: ولو لم يعلم تكذيب المنقول عنهم للناقلين إلا من جهة أخرى نقلت عنهم أنهم كذبوا الناقلين عنهم؛ لمنع هذا من إيقاع الحكم لما وقع من الاختلاف في الشهادة على المنقول عنهم، ولم تثبت هذه البينة الأخرى بتكذيب الناقلين إلا بعد الحكم، فقد أشار بعض العلماء إلى أن نقض الحكم فيه آكد من نقضه بظهور فسق من حكم بشهادته لعدالته، ولعلة عنده أن بينة النقل وبينة نقل تكذيبهم للأصل إنما هما عن قطع، وبينتا التعديل والتجريح إنما هما عن ظن.

وبالجملة لا يبعد إجراء المسألة على القولين في الحكم بشهادة من ظنت عدالته، ثم ثبت فسقه.

المازري: لو أن الشهود الذين حكم القاضي بشهادتهم أكذبوه بعد أن حكم، ففي المجموعة: ينظر السلطان؛ فإن كان القاضي عدلًا أمضى حكمه، وتقدم عن الموازيَّة فيمن حكم لزيد على عمرو بمائة فنسبه الشهود للغلط، وقالوا: إنما شهدنا بها لزيد على عمرو إن تيقن القاضي كذبهم لم ينقض حكمه، ويغرم لزيد المائة للبينة عليه بأنه أثبت مال من حكم عليه.

ومقتضى قوله: لو رفع الحكم لغيره والقاضي فقيرًا انتزع المال ممن حكم له به، وقال محمد: لو شك القاضي في صدقهم وحرز أنه غلط نقض حكم نفسه.

ولابن رُشْد في رسم (يوصي) من سماع عيسى: ولو لم يذكر الأصل شهادته، ولا قطع بأنه لم يشهد بنقلها، وإنما قال: لا أذكرها، وأنا شاك فيها تُخَرَّج على الخلاف، في العمل بالحديث إذا رواه الراوي؛ فتوقف فيه المروي عنه، وشك فيه، ولم يقطع على أنه لم يُحدِّث.

قلتُ: ظاهر لفظه أنه لا نص فيها.

وقد تقدم عن الموازيَّة: إنَّ شَكَّ الأصل في النقل عنه؛ كإنكاره، وكذا ذكره اللخمي.

[باب الرجوع عن الشهادة]

الرجوع عن الشهادة: هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه[1]، فيدخل انتقاله إلى شك على القولين بأن الشاك حاكم أو غير حاكم.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (انتقال) مصدر انتقل والانتقال أصله في المحسوسات الخروج من موضع إلى موضع، وقد يطلق في المعاني مثل الرجوع عن قول أو رأي، ومنه رجوع الشاهد، وفيه مسامحة وتجوز.

(فإن قلت): هلا قال: ميل الشاهد.

=

(قُلتُ): الانتقال أصرح في الدلالة على الرجوع من الميل؛ لأن الميل يدل على قربه من عدم الجزم به، وإن كان أخصر من الانتقال لكنه لا يؤدي معناه قوله: (الشاهد) أخرج غير الشاهد.

قوله: (بعد أداء شهادته) أخرج به انتقاله قبل الأداء، فإنه لا يسمى رجوعًا.

قال الشَّيخ: وذلك ظاهر الروايات، وظاهر كلام المازري ولفظه أنه يسمى رجوعًا فعليه يحذف بعد أداء شهادته.

(فإن قلت): هلا قال: على رأي وعلى رأي وهو أخصر كما جرت عادته.

(قُلتُ): لم ينضبط ذلك له في رسومه فيما رأيته.

قوله: (بأمر) يتعلق بالشهادة.

قوله: إلى عدم الجزم به متعلق بانتقال وضمير قوله به يعود على الأمر؛ أي: إلى عدم الجزم بالأمر، وإذا لم يجزم بالأمر دخله الشك فيه أو الوهم، ولذا قال: فيدخل انتقال الشاهد إلى شك على القولين إن الشاك حاكم أو ليس بحاكم يعني أن الحد يدخل فيه الانتقال إلى الشك سواء قلنا بأن الشاك ليس بحاكم أو حاكم، وأشار إلى القولين في الشاك من كلام المحصول والقرافي انظر مختصره الأصولي فإنه ذكر ذلك فيه.

قوله: (دون نقيضه) الضمير في نقيضه المضاف إليه يعود على الأمر، وفي بعض النسخ دون الجزم بنقيضه، ومعنى هذه الزيادة على أنها ليست من الرسم أن الرجوع شرطه الانتقال إلى عدم الجزم بما شهد به لا الانتقال إلى الجزم بنقيض ما شهد به؛ لأنا لو قلنا بالثاني لكان التعريف غير منعكس بصورة الشك إذا عرض له بعد أداء شهادته.

(فإن قلت): ما فائدة هذه الزيادة وأي شيء قصد بها.

(قُلتُ): يحتمل أن يكون حقق أن الشرط في الرجوع إنما هو ما ذكر لا الانتقال إلى النقيض كما قررنا، ويخرج به ما ذكرنا.

(فإن قلت): هلا قال: لا؛ لأنها أخصر من دون.

قُلتُ: لا يصح ذلك صناعة لأجل حذف الخافض للنقيض، ويحتمل أن يكون أخرج بهذا القيد انتقال الشاهد إلى نقيض ما شهد به وجزمه به، وهذا رجوع يوجب تجريحه، ورد شهادته مطلقًا، وقد وقع في الأقضية إذا استقال قبل الحكم، وادعى وهما بشبهة أقيل، ولا يبطل ذلك شهادته، وإن اعترف بكذبه ردت شهادته في هذا وفي غيره.

(فإن قلت): كيف يصح ذلك مع أن الرجوع أعم من ذلك، ولم يقل فيها إنه ليس برجوع بل رجوع مبطل للشهادة فلا يصح إخراجه؛ لأن تعريفه لمطلق رجوع فلا يصح الحمل على ما ذكرته، وقد قسموا الرجوع إلى أقسام ثلاث، وقسموه إلى عمد وغيره.

(قُلتُ): الوجه الأول هو أظهر في قصده فيما يظهر.

والأول قول الأصبهاني شارح المحصول.

والثاني قول القرافي.

وقيد بعد أداء شهادته، وهو ظاهر الروايات، وظاهر لفظ المازري صدقه على ما قبل الأداء؛ فعليه بحذف لفظ: (بعد أداء شهادته).

قال في ثاني جوابه عن فصل الرجوع: إن سئل مريض عن شهادة فأنكرها، وقال: ما أشهد به بينكما باطل، ثم أداها واعتذر عن سابق قوله بخوف الوهم لمرضه ونحوه، فالأصل بطلانها.

وقال مالك: تقبل لصدق عذره بقرينة مرضه، وقال أيضًا: من سئل عن شهادة فلم يذكرها، ثم قال: تذكرتها، قيل: إن كان مبرزًا، ولم يمض من الزمان ما ينكر فيه صحة ما اعتذر به.

المازري: في الواجب قبولها على الإطلاق؛ لأن الشك يعرض للعالم، ثم يذهب.

وقال سَحنون: إن قال: أنا تذكرتها، ثم قال: ذكرتها؛ قبلت إن كان مبرزًا.

قلتُ: وقول المازري في هذا أحرى منه في الأولى.

قال سَحنون: وإن قال: لا أعلمها، ثم رجع، ثم قال: علمتها، فقول مالك في

(فإن قلت): إذا أدى الشاهد شهادته، ثم انتقل إلى ما ذكر عند غير قاض أو عند نفسه يظهر من كلام الشَّيخ أن ذلك رجوع مع أن مُطَرِّفا وابن الماجِشُون قالا: لا يتقرر رجوع إلا عند من ثبت عنده.

قُلتُ: قد قال سَحنون بصحة الرجوع عند غير من أدى عنده، واختاره ابن زَرْب، ولنا أن نختار أن الرسم لمطلق رجوع بعد الأداء العامل منه، وغير العامل فلا يرد عليه ما ذكر - رحمه الله ونفع به-.

(فإن قلت): إذا ثبت الرجوع بعد حكم الحاكم بدين فقد وقع في المدَوَّنة ضمان الشاهدين فهل ذلك مطلقًا أو لا بد من تفصيله؟.

قُلتُ: نقل سَحنون أن أصحابه اختلفوا فمنهم من قال: إن الغرامة تقع مطلقًا، ومنهما من قال: لا تقع الغرامة إلا إذا قالوا: زورنا، وأما إن قالوا: وهمنا فلا، فانظر ذلك، وأشار الشَّيخ هنا إلى فائدة، وهي أن قولهم الخطأ والعمد سواء معناه في العمل غير المأذون، وأما المأذون فيه فلا تقع التسوية كالراعي يضرب الشاة ضرب مثلها، وكذا يقال في الشاهد إنه مطلوب بالشهادة انظره.

ذلك اختلف.

قلتُ: قوله: الواجب قبولها على الإطلاق؛ لأن الشك يعرض للعالم كالنص على أن ما سئل عنه مالك فيمن سئل عن شهادة لم يذكرها أنه شاك، وما ذكره عن سَحنون في قوله: وإن قال: لا أعلمها ظاهر في صدقه على الشك، فيتحصل منه في قبول شهادة من صرح بشكه فيها، أو ملزومه، ثم رجع إلى الجزم بها، ثالثها: إن كان مبرزًا لإحدى روايتي سَحنون مع قول المازري: الواجب قبولها مطلقًا، وثاني روايتي سَحنون، ورواية المازري.

ومسألة المريض هي سماع ابن القاسم من سئل عن شهادة وهو مريض؛ فأنكرها وقال: كل شهادة أشهدتها بين فلان وفلان باطلة، ثم شهد به، وقال: كنت مريضًا فخفت أن لا أكون أتثبت بها، وشهد هذا القول الذي له وجه يعرف جازت شهادته إن كان عدلًا لا يتهم.

ابن رُشْد: معناه إن كان مبرزًا في العدالة، وهذا إن سألها لتنقل عنه على ما في سماع يحيى، ولو لقيه من عليه الحق، فقال له: بلغني أنك تشهد علي بكذا، فقال: لا أشهد عليك بذلك ولا لي منه علم، وإن شهدت عليك به فشهادتي باطلة، ثم شهد لم يقدح ذلك في شهادته، وإن كان على قوله بينة، قاله ابن حبيب، وهو تفسير لقول مالك هذا.

ولقول ابن القاسم في سماع يحيى، والفرق بين الموضعين أنه يقول في الوجه الثاني: إنما قلت له معتذرًا، ولم أزل عالمًا بما شهدت به، والوجه الأول لا عذر له فيما أقر به على نفسه من الجهل بالشهادة فوجب أن تبطل؛ إلا أن يأتي بما له وجه من أنه خشي أن لا يقوم بها في مرضه فيصدق إن كان مبرزًا.

قلتُ: سماع يحيى هو قوله من قيل له وهو عند القاضي: إن فلانًا ادعى أنك تشهد في ذكر حق له على فلان، فقال: ما أذكر أنه أشهدني عليه بشيء، وماله عندي علم، ثم انصرف فذكر فعاد إلى القاضي بعد أيام فشهد في ذلك الحق جازت شهادته إن كان مما لا يشك في عدالته، ولا يتهم في شيء من عمله.

في أقضيتها: إن استقال الشاهد قبل الحكم، وادعى وهمًا، وجاء بشبهة أقيل، ولا

تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه فيما شهد فيه فترد شهادته في هذا، وفي غيره.

وقال في كتاب السرقة: إن رجعا قبل الحكم، ولهما عذر بين يعرف به صدقهما، وكانا بيني العدالة أقيلا، وجازت شهادتهما بعد ذلك، وإن لم يتبين صدقهما لم يقبلا فيما يستقبلان، ولو أدبا لكان لذلك أهلا، ولو شهدا على رجل بالسرقة، ثم قالا قبل القطع: وهمنا؛ بل هو هذا الآخر، لم يقطع واحد منهما.

وللشيخ عن الموازيَّة: إن قالا قبل الحكم وهمنا؛ لم يقبلا، وقاله ابن القاسم وأشهب قالا: ولو قالا في آخر على هذا شهدنا، ووهمنا في الأول لم يقبلا على واحد منهما، ورواه ابن القاسم.

قال أشهب: كان ذلك في حق أو قتل أو سرقة أو قتل في إخراجهما أنفسهما عن العدالة بإقرارهما أنهما شهدا على الوهم والشك.

وفي سماع يحيى قال سَحنون: وأنا أقول: إذا استقال الشاهد قبل القضاء أو بعده، وادعى أنه غلط، ثم ذكر أو شبه عليه قبل قوله، وأقيل في شهادته فيما يستقبل إذا كان عدلًا مرضيًا.

ابن رُشْد: إن كان ذلك قبل القضاء فلا خلاف في قبول قوله، فتجوز شهادته فيما يستقبل، ولا يؤدب إن كان عدلًا رضى، وإن استقال بعد الحكم؛ فقيل: لا تجوز شهادته فيما يستقبل، وإن شبه عليه، وهو قول مالك في أقضية المدَوَّنة خلاف قول سَحنون، هذا أنه تجوز شهادته فيما يستقبل إذا شبه عليه، وكذا يختلف في وجوب غرمه إذا شبه عليه، ولا يؤدب.

المازري: إن وقع بعد أدائها تشكك فعاد إلى القاضي، فقال: توقف في قبول شهادتي، ثم قال له: ذهب عني التشكك؛ فذهب بعض الناس إلى أن ذلك على قولين، ولا يبعد أن يكون هذا التشكك كما حكيناه عن المذهب إذا جرى ذلك منه قبل أدائه.

قال ابن الحاجب: فإن قال: تشككت، ثم قال: زال الشك.

فقال المازري: هي مثل التشكك قبل الأداء، ثم يقول: تذكرتها فالواضح قبولها، وثالثها: إن كان مبرزًا قبلت.

قال ابن عبد السلام: قال المازري: فذكر ما نقلناه عنه آنفا، وقال: (وليس في كلام المازري بيان للأقوال الثلاثة) إذا شك قبل الأداء، وذكر ما نقلناه عنه أولًا.

وقوله: (وليس في كلام المازري بيان للأقوال الثلاثة) يرد بما بيناه من دلالة لفظ المازري على تحصيل الأقوال الثلاثة.

ورجوعهما بعد الحكم، وقبل إنفاذه في المال لا يمنع إنفاذه:

ابن حارث: إن رجعا بعد الحكم، وقبل قبض المال وجب للمحكوم له قبض المال اتفاقًا.

وفي سرقتها إن رجعا بعد الحكم بدين ضمناه ظاهره، ولو قبل تنفيذه، وهو مقتضى نقل الصقلي عن الموازيَّة: إن رجعا بعد الحكم فهرب المقضي عليه قبل أن يؤدي، فطلب المقضي له الشاهدين بما كانا يغرمان لغريمه لو غرم؛ لم يلزمه غرم حتى يغرم المقضي عليه، ولكن ينفذ القاضي الحكم للمقضي عليه على الراجعين بالغرم؛ هرب أو لم يهرب؛ فإذا غرم أغرمهما، وكما لو شهدا بحق إلى سنة، ثم رجعا؛ فلا غرم عليهما حتى يغرم هو.

وقال محمد بن عبد الحَكم: للمقضي عليه أن يطلب الشاهدين بالمال، حتى يدفعاه عنه للمقضي له به.

الصقلي والشَّيخ عن الموازيَّة: لو شهدا بقتله عمدًا؛ فحكم الإمام بقتله، ودفعه للولي فأقرا بالزور قبل أن يقتل؛ فهذا اضطرب فيه.

قال ابن القاسم: مرة ينفذ الحكم بقتله؛ لأنهما الآن لا تقبل شهادتهما، ثم رجع فقال: هذا القياس، ولكن أقف عن قتله لحرمة القتل، وكذا القطع، وشبهه، والعقل فيه أحب إليَّ، واختلف فيه قول أشهب كابن القاسم.

أَصْبَغ القياس: القتل، والقطع، والرجم في زنى المحصن وكل شيء، وأستحسن لحرمة الدم خطر القتل أن لا يقتل؛ ولا دية على شاهد، ولا مشهود عليه، وأراه شبهة كبيرة، وقاله محمد.

المازري: قول ابن القاسم: أحب إلي أن يكون فيه العقل، لم يذكر على من يكون

العقل، هل على الشهود؛ لأنهم أبطلوا الدم فيغرموا ديته، وإن أراده فهل عليهم دية من شهدوا عليه أو دية القاتل؛ لأن الدية قد تختلف؛ قد يكون القتيل رجلًا، والقاتل امرأة، والأظهر أن مراده أن العقل على القاتل حتى لايبطل الدم عنه.

ولو كان رجوعهما ذلك في زنا محصن، ففي تنفيذ رجمه، وسقوطه لا لبدل، ثالثها: يُحَدّ حد البكر، للخمي عن أحد قولي ابن القاسم مع أحد قولي أشهب، وثاني قولي ابن القاسم والمازري عن محمد.

قلتُ: إنما نقله الشَّيخ عن البرقي عن أشهب: ولو كان رجوعهما في زنا محصن، ففي إنفاذه، وسقوطه لعقوبته فقط قولا ابن القاسم مع اللخمي عن محمد واختياره.

وفي القذف منها: وإن قالت البينة بعدما وجب الحد: ما شهدنا إلا بزور درء الحد.

قال ابن الحاجب: الثانية بعد القضاء، وقبل الاستيفاء.

قال ابن القاسم: يستوفي الدم كالمال، وقال أيضًا، وغيره: لا يستوفى لحرمة الدم، ومثله لو رجع شهود الإحصان لجلد جلد البكر.

قال ابن هارون: معناه أنه لا يرجم؛ ويحد حد البكر.

وقال ابن عبد السلام: مثل رجوع شهود القتل، رجوع شهود شرطه بإن شهود الزنا أوجبوا مطلق الحد على الزاني، وقيد كونه رجمًا وجب بشهود الإحصان، فإذا رجع شهود الإحصان قبل استيفاء هذا الحد، فعلى أحد قولي ابن القاسم في المسألة الأولى لا يعتبر رجوعهم، وعلى القول الآخر يعتبر في إسقاط ما أوجبته شهادتهم ،وهو الرجم، ويبقى مطلق حد الزنا، وهو صادق بحد البكر.

قلتُ: مسألة رجوع شهود الإحصان دون شهود الزنا لا أعرفها لغير ابن الحاجب، وتفسيره ابن هارون خلاف تفسيره ابن عبد السلام، والصواب جريها على اختلافهم إذا شهد اثنان بإحصانه، وأربعة بزناه، ثم رجعوا أجمعون فعلى القول الأول ألا غرم على بينة الإحصان لا ينفذ الحكم برجمه اتفاقًا، وعليه يأتي تفسير ابن هارون على القول بغرمهم يأتي تفسير ابن عبد السلام تقدم قولها: إن رجعا بعد الحكم عن شهادتهما بدين ضمنا، وظاهره، ولو لشك.

الشَّيخ عن سَحنون: اختلف أصحابنا في رجوع البينة بعد الحكم، فقال: إن قالوا: أوهمنا أو شبه علينا؛ فلا غرم عليهم ولا أدب، وإن قالوا: زورنا، غرموا ما أتلفوا وأدبوا.

وقال آخرون: يغرمون، ولو في الوهم والشك؛ ويؤدب المتعمد.

قلتُ: إن قيل: الخطأ في أموال الناس كالعمد اتفاقًا في المذهب، ولذا رجح غير واحد القول الثاني بما وجه القول الأول.

قلتُ: إنما وقع الاتفاق على أن الخطأ كالعمد في أموال الناس في فعل غير المأذون له في الفعل، والمأذون له في الفعل ليس كذلك كالراعي يضرب الشاة ضرب مثلها فتهلك لا يضمنها، والوكيل على شراء عبد فيشتري أبا الموكل خطأ لا ضمان عليه، والشاهد مطلوب بالشهادة؛ فالقول بعدم ضمانه بناء على أنه يطلب الشهادة منه كالمأذون له في الفعل منضما إلى أن الأصل عدم التفريط، وعدم الضمان.

وعزا ابن رُشْد في سَمَاع عيسى القول الأول لسماع عيسى ابن القاسم قال: وهو قول ابن الماجِشُون حكاه عنه ابن حبيب.

وقال: هو قول جميع أصحابنا المغيرة وابن دينار وابن أبي زيد وغيرهم، وعزا الثاني لقول ابن القاسم في السرقة من المدَوَّنة، وهو ظاهر ما في أول رسم من سَمَاع ابن القاسم، ونص قول ابن حبيب عن مُطَرِّف، وابن القاسم وأَصْبَغ.

الشَّيخ: قول محمد لم يحفظ عن مالك في غرم الشهود جوابًا إذا شهدوا بحق فحكم به، ثم رجعوا، ولكن قال ذلك أصحابه أجمع المدنيون والمصريون.

قال ابن القاسم: أخبرني من أثق به عن عبد العزيز بن أبي سلمة في رجوع أحد الشاهدين بعد الحكم قال: يغرم نصف الحق؛ ولا يرد الحكم.

قال ابن القاسم: فسألت عنه مالكًا فقال: يمضي الحكم، ولم يتكلم فيما وراء ذلك.

وقال ابن القاسم وأشهب وابن وَهْب وابن عبد الحَكم وعبد الملك وأَصْبَغ: إنه يغرم نصف الحق.

قال ابن القاسم: ولا شيء عليهما حتى يقرا بتعمد الزور؛ ولو قال ذلك أحدهما،

وقال الآخر: وهمت، أو شبه علي، أو كان قضاه الدين ونسيت، فهذا يغرم، ويغرم الآخر نصف الحق، وكذا قال عبد الملك وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ وقال أشهب: يضمنان إذا رجعا، وإن لم يتعمدا، واعتذرا بسهو أو غلط.

قلتُ لابن عبد الحَكم: لم لا يلزمهما ما أدخلاه فيه مما لم يكن عليه بجنايتهما، وإن كانت خطأ، فقال لي: ما أقر به، وانظر فيه.

قلتُ: قد تقدم جوابه.

قال محمد: ولا يمين على المقضي له برجوع أحدهما، ولو كان قبل قبضه حقه.

قال ابن رُشْد في سماع عيسى: وفي الديات أربعة أقوال:

الأول: الدية في مالهما إن تعمدا الزور أو شبه عليهما لابن القاسم في هذا السماع، وفي الواضحة ومُطَرِّف وأَصْبَغ فيها، وظاهر كتاب السرقة من المدَوَّنة.

الثاني: إن تعمدا كان عليهما القصاص، وإن شبه عليهما فالدية في أموالهما، قاله ابن نافع وأشهب، وروي عن علي ابن أبي طالب ﷺ.

الثالث: إن تعمدا فالدية في أموالهما، وإن شبه عليهما كانت على عواقلهما، قاله أَصْبَغ في سماعه من الديات.

الرابع: إن تعمدا فالدية في أموالهما، وإن شبه عليهما كان هدرًا، قاله ابن الماجِشُون والمغيرة وابن دينار، وابن أبي حازم وغيرهم.

ففي العمد قولان: القصاص، والدية في أموالهما.

وفي التشبيه في كونها في المال أو على العاقلة، ثالثها: هدر.

عزا المازري القولين في تعمد الزور بالقصاص، وكون الدية في أموالهما لروايتين قال: والأولى: اختيار بعض حذاق البغداديين.

والثانية: أشهر عند أصحاب مالك، والناظر في القولين بغمض وعد هذه المسألة أبو المعالي على استئجار في العلوم الشرعيَّة أصولًا وفروعًا من المعضلات.

قلتُ: الأظهر أنها غير معضلة لوضوح أمرها، فإن القتل إنما وقع بشهادتهما، وإكراههما القاضي على قتله، وصيرورته بشهادتهما كآلة قتل بهما.

المازري: لو قال الشهود لما رجعوا: لم نتعمد بشهادتنا الكاذبة قتله ظنًا منا أن القتل لا يلزمه، وأن القاضي لا يقبل شهادتنا، فقد اضطرب فيه العلماء، وربما لحق هذا بمسائل شبه العمد، وهو القتل الذي ليس بعمد محض، ولا خطأ محض.

قال: ولو أن القاضي علم بكذب الشهود فحكم بالجور وأراق هذا الدم،كان حكمه حكم الشهود إذا لم يباشر القتل بنفسه بل أمر به من تلزمه طاعته، ولو أن ولي الدم علم بكذب الشهود في شهادتهم، وبأن القاضي علم ذلك، فقتل قاتل وليه اقتص منه بلا خلاف عند المالكيَّة والشافعيَّة، وقول أبي حنيفة: لا يقتل كالشهود خيال فاسد، وتبع ابن شاس وابن الحاجب المازري فيما ذكره في علم القاضي بكذب الشهود، فقال ابن الحاجب: لو علم الحاكم بكذبهم، وحكم، ولم يباشر القتل فحكمه حكمهم.

فقال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أن الخلاف المتقدم بين ابن القاسم وأشهب جار هنا.

وقد قال في آخر الرجم من المدَوَّنة: إن أقر القاضي أنه رجم، وقطع الأيدي أو جلد تعمدًا للجور أقيد منه، وهو ظاهر في أن القود يلزم القاضي، وإن لم يباشر، وعليه حمله بعض الشارحين، وما أظنه يختلف في ذلك.

قلتُ: ما في المدَوَّنة مثله في النوادر لرواية ابن القاسم ولابن سَحنون عنه فيما أقر به من تعمد جور إن قامت عليه بينة فليقتص منه.

قلتُ: وقد يفرق بين مسألة المازري، وبين مسألة كتاب الرجم، وماوافقهما مما ذكرناه بأن محمل مسألة كتاب الرجم أنه أقر بالعداء، والجور دون استناد منه لسبب ظاهر.

وفي مسألة المازري، وهو مستند في الظاهر لسبب، وهو البينة المذكورة، والاستناد إلى السبب الظاهر، وإن كان كاذبًا له أثر وشبهة كقولها: إن لمن قذف، وهو يعلم من نفسه صدق قاذفه، فيما رماه به أن يحده خلافًا لابن عبد الحَكم.

سَحنون: إن رجعوا عن شهادتهم بشتم أو حد قذف أو زنا بكر، أو لطمة أو ضرب بسوط يوجب الأدب بعد القضاء في ذلك بالأدب، وأقروا بالزور؛ فإنما فيه عند

أصحابنا إلا الأدب من السلطان لا قود ولا حد، ولا تقع المماثلة في اللطمة، ولا ضرب السوط.

قال ابن عبد السلام: وقد يسبق إلى الذهن أن من يرى القود في السوط من أصحابنا يرى للمشهود عليه هنا أن يقتص من الشهود، وهذا إنما يتم لو كان أشهب الذي يوجب للمشهود عليه القصاص من الشهود يقول بالقود من السوط.

قلتُ: يرد تعقبه التخريج بأن الحكم على المشهود عليه بالضرب بالسوط إن كان به فهو عند الحاكم مماثل؛ فيجب الحكم به على الشهود برجوعهم.

والتخريج إنما يتصور على هذا التقدير، وإن لم يحكم على المشهود عليه بالضرب بالسوط لعدم تماثله غيره، وحكم عليه بمطلق الأدب فواضح؛ لأنه لا يحكم على الشهود إلا بالأدب.

وقوله: (وهذا إنما يتم... إلخ) يرد بأن القول بعدم القود في السوط بناء في تصور التخريج المذكور، وإنما يتصور على القول بالقود في السوط حسبما بيناه فتأمله.

الشَّيخ في الموازيَّة عن ابن القاسم: إن شهد رجلان بأن هذا الرجل قتل ابن هذا عمدًا فقضي بقتله فقتل، ثم قدم الابن حيًا غرم الشاهدان ديته في أموالهما؛ إن تعمدوا ذلك، ولا شيء على الإمام، ولا على عاقلته، وعلى الأب، وقاله أَصْبَغ إن كان ذلك من الشاهدين عمدًا.

ابن القاسم: ولو صالح الأب القاتل بمال لرده؛ فإن كان عديمًا لم يتبع الشاهدان بشيء، وقاله ابن سَحنون لا بقيد إن تعمدوا ذلك، وزاد عنه: ولا يرجع الشاهدان فيما غرما على القاتل بشيء؛ لأنهما اللذان تعديا، فإن كانا عديمين رجع ولي المقتول على الولي القاتل، فإن أخذ ذلك منه لم يرجع على الشاهدين؛ لأنه الذي أتلف النفس كمن تعدى على مال رجل فأطعمه لآخر لم يعلم بعدائه، فلربه طلب المتعدي، ولا رجوع للمتعدي على الآكل، فإن كان المتعدي عديمًا رجع على الآكل، ولا يرجع به الآكل على المتعدي.

المازري: هذا تشبيه صحيح لولا أن الآكل انتفع بالطعام، وربما وفر به ماله،

والمقتص لم ينتفع بالقتل، ولا وفر به نفسًا.

سَحنون: وروي أن ولي الدم خير إن شاء اتبع الشاهدين، إن اختار ذلك لم يكن له التحول عنهما إلا لعدمهما؛ لأنه إن أخذ ذلك منهما رجعا به على الولي، وإن اختار تضمين القاتل؛ فليس له التحول عنه إلى الشاهدين أعدم أو لم يعدم، وإن ودى القاتل إلى الولي لم يكن له رجوع على الشاهدين، وقد روي أنه لا يرجع على الولي بشيء؛ لأن ظهور المحكوم بقتله حيًا أبطل الحكم، والولي إنما أخذ ما أعطاه الشاهدان على أنهما صدقا عنده، والذي أخذ قصاص لا ثمن فيه، وعلى الشاهدين غرم الدية؛ لأنهما اللذان أتلفا ذلك.

قلتُ: فحاصله إن قدم من اقتص بقتله ببينة حيًّا ففي تغيير رجوع ولي من قتل به على الشاهدين عليه بديته في أموالهم إن كانا مليئين؛ وإلا فعلى المقتص، وتخييره في ذلك، وفي رجوعه على المقتص، ثالثها: لا رجوع على المقتص بشيء مطلقًا.

لمحمد عن ابن القاسم قائلًا: إن تعمدا ذلك، وإن شبه فالدية على عاقلتهما مع أَصْبَغ وابن سَحنون عن أبيه غير قائل ذلك، ونقليه بلفظي، وروي على الأول إن غرم المقتص لعدم الشاهدين لم يرجع عليهما بما غرمه، وعلى الثاني إن اختار اتباع الشاهدين فليس له التحول إلى المقتص إلا لعدمهما؛ لأنهما إن غرما رجعا عليه لما غرماه، وإن اختار اتباع المقتص فليس له التحول إلى الشاهدين، ولو كان عديما؛ لأنه إن غرم لم يتبع الشاهدين بما غرم.

قال ابن عبد السلام: والظاهر تخيير المستحق في أخذ الدية ممن شاء، وأخذ البعض من الشهود والبعض من القاتل.

قلتُ: فيما قاله نظر؛ لأنهما إن تساويا في موجب الغرم لم تجز تعيين أحدهما له دون الآخر؛ فيبطل التخيير، وإن لم يتساويا؛ لانفراد كل منهما بمعنى يناسب الغرم دون صاحبه أمكن التخيير في ترجيح ما اختص به أحدهما على ما اختص به الآخر في إيجاب الغرم؛ لأن البينة اختصت بالعداء، ولم تباشر الإتلاف، والمقتص اختص بالمباشرة دون العداء، وإغرام كل منهما ملزوم لترجيح كل منهما على الآخر، وهو محال وتساويهما

باطل لما مر.

قال ابن الحاجب: قال المازري: لا خلاف في تعلق الغرامة بهم إن شهدوا على قتل عمد فاقتص، ثم ثبت أنه حي، وإنما الخلاف في البداية وفي الرجوع، فقال ابن القاسم: يبدأ بالشهود، وإن كانوا فقراء فمن القاتل، وقيل: المستحق مخير، وفي الرجوع؛ قيل: إنما يرجع الشهود بما أدوا على القاتل، وقيل: بالعكس، وقيل: لا رجوع، فقال ابن عبد السلام: نقله عن المازري الثلاثة الأقوال، وقال ابن هارون: وقوله: (وقيل بالعكس) يقتضي أنه يبدأ بالقاتل، فإن كان فقيرًا رجع على الشهود، وهذا القول مما انفرد به، وكذا قوله: (وقيل لا رجوع) يوهم نفي الرجوع مطلقًا عن الولي والشهود، وإنما هو منقول عن الولي فقط.

قلتُ: قوله: (وقيل بالعكس) يقتضي أن القاتل إذا أدى إما لعدم الشهود.

وإما لاختيار الولي تغريمهم؛ فإنه يرجع على الشهود بما أدى، ولا يرجعون هم عليه إن أدوا مطلقًا سواء أدوا بتبدئتهم في الغرم أو باختيار الولي تبدئتهم، وهذا القول لا أعرفه لا في النوادر، ولا في نقل المازري، إنما نقل عن سَحنون عدم رجوع الغارم مطلقًا كان الغارم البينة أو القاتل، ونقل على القول بالتخيير رجوع البينة إن غرمت على القاتل.

قال: وهو خلاف ما تقدم لسَحنون، وذلك من لفظه واضح لا إجمال فيه، ولا احتمال.

وتفسير ابن هارون قوله: (وقيل بالعكس) بأنه يبدأ بالقاتل، فإن كان فقيرًا رجع على الشهود غير صواب؛ لأن هذا العكس إنما هو في التبدئة لا في الرجوع، والعكس في لفظ ابن الحاجب إنما ذكره في الرجوع لا في التبدئة.

الشَّيخ عن سَحنون: ولو كانت الشهادة بقتل خطأ، ثم قدم من شهد بقتله بعدم غرم العاقلة الدية رجعت على البينة بها حالة، فإن أعدمت فعلى الولي، ومن غرمها منهما لم يرجع على آخر بشيء.

وروي أن العاقلة مخيرة إن اتبعت البينة فلا تحول لها عنها إلى الولي إلا في عدمها؛

لأنها لو غرمت رجعت على الولي، وإن اتبعت الولي فلا تحول لها عنه إلى البينة، ولو أعدم؛ لأنه إن غرم لم يكن له رجوع على البينة، وذكر قبل هذا عن ابن القاسم أن الأب يرد على العاقلة ما أخذ منها، فإن وجد عديما غرمت ذلك البينة بخلاف رجوعهما لاحتمال كذبهما في رجوعهما فلم ينقض الحكم به، وهذا لما قدم حيًا علم كذبهما، ولما ذكر المازري قول ابن القاسم قال: وقيل: يبدأ بالشهود في غرم الدية للعاقلة، فإن كانوا فقراء رجعت على الأب بالدية، ولا يرجع الغارم من الشهود على الأب، ولا الأب على الشهود، ثم ذكر القول بالتخيير على نحو ما ذكره الشَّيخ.

المازري: فتلخص من هذا أن المذهب لم يختلف في توجه الطلب على الأب، وعلى البينة لكن إن كان أحد الصنفين فقيرًا طلب الأب بغير خلاف، وإن كانا مليئين فاختلف هل تخير العاقلة في طلب الأب أو الشهود أو يقع الطلب على الترتيب، وعليه اختلف فيمن يبدأ به هل الأب أو الشهود، ثم رجوع الغارم على الصنف الآخر فيه ما قدمناه من كون الشهود إذا غرموا فيه قولان: هل يرجعون على الأب أو الأب إذا غرم لا يرجع عليهم.

وفيها: وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فرجمه الإمام، ثم وجدوه مجبوبًا لم يُحَدّ الشهود، إذ لا يُحَدّ من قال لمجبوب: يا زان، وعليهم الدية في أموالهم مع وجيع الأدب، وطول السجن.

الصقلي لمحمد عن أشهب: الدية على عاقلة الإمام، وعليهم الأدب، وطول السجن إلا أن يقولوا: رأيناه يزني قبل جبابه؛ فتجوز شهادته، ولا حد عليهم بكل حال.

قلتُ: عزا الشَّيخ قول أشهب له، ولابن عبد الحَكم.

قال ابن عبد السلام: لا يبعد تخريج كون الدية على عواقل الشهود من قولها في حريم البئر في منع ذوي بئر ماشية فضل مائها مسافرين عجزوا عن قتال أهل البئر حتى ماتوا عطشًا ديتهم على عواقل المانعين.

قلتُ: إن صح التخريج ناقض قولاها في البئر، والمجبوب، ويرد التخريج

بوضوح أن تسبب البينة في قتل المجبوب أقوى من تسبب المانعين لاحتمال اعتقادهم نجاة المسافرين بماء آخر أو عدم إيجاب عطشهم موتهم.

اللخمي: أما السجن والعقوبة فصواب، وأما الدية فلا أراها على بينة، ولا إمام؛ لأنه قادر على أن يظهر ذلك من نفسه، وذلك كله كالبينة العادلة، يرد بها شهادة من شهد عليه.

قلتُ: فيما قاله نظر على أصل المذهب لقولها: إن شهد على امرأة بالزنا أربعة عدول، فقالت: أنا عذراء أو رتقاء، ونظر إليها النساء فصدقوها لم ينظر إلى قولهن، وأقيم عليها الحد؛ لأنه قد وجب.

قلتُ: فهذا يرد قول اللخمي؛ لأنه قادر على أن يظهر ذلك من نفسه، وإنما يتم ما اختاره في مسألة المرأة أنه ينظر إليها.

الشَّيخ عن كتاب محمد بن عبد الحَكم: إن شهد شاهدان أن رجلًا حلف بحريَّة عبده أن في قيده عشرة أرطال، وقد حلف بحريته أن لا ينزع عنه القيد شهرًا لفعل فعله العبد يستوجب به ذلك، ثم شهد شاهدان أنه ليس في القيد ثمانية أرطال.

قال عبد الله: أراه يريد: فحكم الحاكم بعتق العبد.

قال في الكتاب: ثم إن السيد نزع القيد.

قال عبد الله: يريد: بعد الشهر.

قال: فوجد فيه عشرة.

قال محمد: فلينقض القاضي حكمه لظهور كذب الشاهدين.

قلتُ: ما فسر به الشَّيخ قول ابن عبد الحَكم ذكره المازري على أنه من لفظ ابن عبد الحَكم، فقال ما نصه: ذكر ابن عبد الحَكم في رجل قيد عبده بقيد، وحلف أن لا ينزع من رجله شهرًا، وحلف أيضًا بحريَّة العبد أن في وزن القيد عشرة أرطال؛ فشهد شاهدان أن وزن القيد ثمانية أرطال؛ فحكم الحاكم بحريَّة العبد لأجل شهادتهما بحنث السيد الشاهد فلما كمل الشهر وحل الأجل الذي حلف السيد أن لا ينزع القيد قبله، وجد في القيد عشرة أرطال كما حلف عليه السيد؛ فإن الحكم ينقض، ويرد العبد

إلى الرق.

قلتُ: تفسير الشَّيخ قول ابن عبد الحَكم بأن الحاكم حكم بحريَّة العبد، وتفسيره، ثم إن السيد نزع القيد بأنه نزعه بعد الشهر، وذكر المازري ذلك على أنه من لفظ ابن عبد الحَكم كلام متناقض؛ لأن الحكم بحريته قبل مضي الشهر يوجب تعجيل نزع القيد قبل مضي الشهر؛ لأنه حر، وتأخير نزعه لانقضاء الشهر يقتضي عدم الحكم بحريته قبل مضي الشهر، والصواب حمل المسألة على أن البينة بوزن القيد ثمانية إن كانت قامت بعد مضي الشهر، وقبل نزع السيد القيد عن العبد، فحكم الحاكم بحريته فنزع السيد قيده فوجده عشرة نقض الحكم بحريته، واستقام حكم المسألة، وإن قامت قبل مضي الشهر حكم الحاكم بحنث السيد، وحريَّة العبد، وتعجيل نزع القيد، فإن قلنا بأن الإكراه الشرعي معتبر في درء الحنث به لم يلزم السيد بنزع القيد قبل مضي الشهر حنث، وكذا إن قلنا إن الإكراه الشرعي غير معتبر في درء الحنث به؛ لأن هذا الإكراه تبين أنه غير شرعي لترتبه على حكم غير شرعي لوجوب نقضه، والإكراه غير الشرعي معتبر في درء الحنث به اتفاقًا، فلا حريَّة للعبد بحنث، ولا بالحكم لوجوب نقضه، وتقدم الحكم بحد شاهد الزنا لرجوعه، وسواء رجع قبل الحكم أو بعد تنفيذه.

وفيها: إن رجع أحد أربعة شهود الزنا قبل إقامة الحد حدوا كلهم، وإن رجعوا بعد الحكم فكذلك، وإن رجع أحدهم حد وحده.

اللخمي: وإليه رجع ابن القاسم في الموازيَّة بعد أن قال: يحدون كلهم، ونقل المازري القول الثاني غير معزو، وعقبه بقوله: وأنكر هذا بعض الأشياخ الحذاق، وأشار إلى أنه يقتضي نقض الحكم إذا رجع الشهود بعد إنفاذه، وهذا خلاف مذهب فقهاء الأمصار إلا ما حكيناه عن ابن المسيب، والأوزاعي، ورجحه ابن عبد السلام واحتج عليه بأن حد بعض الشهود عليه ملزوم لعفاف المشهود عليهم، إذ لا يُحَدّ إلا من قذف غير عفيف، وكلما تثبت عفته وجب نقض الحكم بزناه، ويرد بأن حده لإقراره أنه قذف عفيفًا، ولا يلزم منه ثبوت عفته شرعًا فلا يرتفع عنه حد وجب عليه.

وفيها: إن علم بعد الجلد أو الرجم أن أحدهم عبد حد الشهود أجمعون، فإن لم

يعلم الشهود كانت الدية في الرجم على عاقلة الإمام، وإن علموا بذلك فذلك على الشهود في أموالهم، ولا شيء على العبد في الوجهين.

اللخمي: وقال ابن سَحنون: قيل: لا شيء على الحاكم، ولا على البينة إن لم يعلموا أن معهم عبدًا أو علموا وجهلوا رد شهادتهم مع العبد، وإن علموا أن شهادتهم معه لا تجوز فعليهم الدية، وإن علم العبد وحده أن شهادته لا تجوز وجهل ذلك البينة، فكل الدية جناية في رقبته، وإن علمت البينة معه ذلك فالدية على جميعهم أرباعًا، وهو قول أبي مصعب، واختلف إن كانت الشهادة بقطع أو قتل؟

فقال ابن القاسم فيها: إن شهد شاهدان على رجل بقطع يد عمدًا فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته فلا شيء على المقتص له؛ يريد: إن لم يعلم الحر أن الذي معه عبد.

وقال ابن سَحنون: إن تبين أن أحدهما عبد أو ذمي أو مولى عليه حكم المحكوم له بالقصاص في اليد مع الشاهد الباقي، أو حلف المقضي له بالقتل مع رجل من عصبته خمسين يمينًا، وتم ما حكم به ونفذ، وإن نَكَل عن اليمين في اليد، ولم يعلم أن شاهده عبد، وكانت الحريَّة فيه ظاهرة، وحلف المقتص منه في اليد أن ما شهد عليه به الشاهد باطل، ونكل المحكوم له بالقتل عن القسامة انتقضت الأحكام حتى كأنها لم تكن.

وقال بعض أصحابنا: لا ضمان على الحاكم؛ لأنه لم يخطئ، ولا على المحكوم له بالقصاص؛ لأنه أخذ ما أعطته البينة، والحاكم باجتهاده، ولم يأخذ مالًا فيرده، وغرم ذلك على الشاهد إذا كان جاهلًا برد شهادة العبد أو الذمي.

وقال بعض أصحابنا: ذلك على عاقلة الإمام.

وقيل: إنه عذر.

قلتُ: كذا وقع في بعض نسخ اللخمي، وذكره الشَّيخ في النوادر.

وقولها: (إذا كان جاهلًا برد شهادة العبد حكموا به) صوابه: (وإن كان جاهلًا).

قال الشَّيخ: وقد اختلف في قبول شهادة المولى عليه لسوء نظره في المال دون جرحة.

ولما ذكر الصقلي قولها في العبد قال: يريد: أو نصرانيًا أو ولد زنا.

وفيها: وإن وجد أحدهم مسخوطًا لم يُحَدّ واحد منهم؛ لأن شهادتهم تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم، وقد يعدل المسخوط، ويسخط العدول، ولم تتم في العمد وشبهه.

قلتُ: يريد أن خطأه في المسخوط؛ كمخالفته دليلًا ظنيًا، وخطأه في العبد؛ كمخالفته دليلًا قطعيًا.

وفي النوادر من كتاب الشهادات: إن وجد أحدهم مسخوطًا؛ فقال ابن القاسم: ينقض الحكم كما لو كان عبدًا أو ذميًا، ويُحَدَّ هو ومن معه من حر مسلم حد القذف إن كانت جرحته قبل أن يشهد.

وقال أشهب: لا يرد الحكم في المسخوط، ولا حد عليه، ولا على من معه.

قال محمد: ولا أعلم إلا، وقد قاله ابن عبد الملك.

قال أشهب: وكذا لو كان الحكم بمال.

قال محمد: وقول أشهب وعبد الملك أحسن إن كان القاضي غير الذي قضى بشهادته، فإن كان هو الذي قضى بشهادته فلينقضه ما لم يفت كالقطع والقتل والرجم، وأخبرني بقول ابن القاسم أَصْبَغ وأبو زيد.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن شهد أربعة بالزنا، ثم نزع واحد بعدما تمت الشهادة، ونفذت لا يُحَدّ إلا الذي نزع قبل، فإن كانوا خمسة فنزع واحد؛ قال: فلا شيء على الذي نزع، وإن نزع آخر من الأربعة بعد ما أقيم الحد؛ قال: يضربان الحد، ولا شيء على الثلاثة الذين ثبتوا.

ابن رُشْد: إن رجع الخامس من الشهود قبل إقامة الحد أو بعده، فلا حد عليه على هذا السماع.

وذكر محمد أن قول ابن القاسم اختلف في وجوب حده، وأن قول أشهب: اختلف في ذلك، واختار قوله: (لا يحد).

قلتُ: وهو نقل الصقلي عن عبد الملك.

أَصْبَغ: وكأن ابن القاسم في قوله الذي خالف فيه عبد الملك رأى الراجع

مقراً بقذفه عفيفًا، وأنه وبقيَّة الشهود شهدوا عليه بزور، وإنه لقول حسن.

ابن رُشْد: وإن رجع بعد ذلك أحد الأربعة قبل إقامة الحد حدوا كلهم لدليل هذا السماع أنه لا يُحَدّ إذا تم نزع أحدهم بعدما تمت الشهادة، وأنفذت إلا الذي نزع وحده.

وقيل: إنه لا يُحَدّ إذا نزع أحدهم بعدما تمت الشهادة، وأنفذت إلا الذي نزع وحده كان نزوعه قبل إقامة الحد أو بعده، وهو ظاهر قوله في المسألة التي بعد هذه.

قيل له: فإن نزع أحد الأربعة؟ قال: يضرب الذي نزع، وهو الذي يوجبه النظر؛ لأنه يتهم أن ينزع ليوجب الحد على من شهد معه، وإن كان ذلك بعد إقامة الحد حد هو، والخامس الذي رجع قبله إن كان لم يحد، ولا حد على الثلاثة الذين ثبتوا، ولا اختلاف في هذا.

وقال اللخمي: في رجوع أحد الخمسة بعد الرجم: أرى إن قال: أخطأت أو تعمدت، ولا علم لي بما شهد به الآخرون؛ لأني لم أكن معهم أن لا شيء عليه من حد ولا دية، وإن قال: شهادتنا واحدة، وأخطأنا جميعا أو تعمدنا؛ كان الجواب على ما تقدم لو كانوا أربعة فرجع أحدهم؛ فإنه يُحَدّ إذا قال: تعمدنا، ويختلف في حده، وعقوبته إن قال: أخطأنا.

وقول المازري: التحقيق عندي أن يكشف الراجع عن شهادته؛ فإن قال: كذبت، وكذا كل من شهد معي حد، وإن قال: انفردت بالكذب عن الأربعة، ولا أعتقد كذبهم بل الظاهر صدقهم لعدالتهم لم يُحَدّ يقتضي انفراده بهذا، وهو مقتضى كلام اللخمي قبله.

المازري عن الموازيَّة: لو شهد ستة بزنا رجل فرجع اثنان، وظهر أن أحد الأربعة الذين لم يرجعوا عبد حد الراجعان، وغرما ربع الدية؛ لأن الحد أقيم بأربعة بطل أحدهم بكونه عبدًا، والذي بطلت شهادته لو كان حرًا رجع عن شهادته حد؛ وغرم ربع الدية، ولا غرم على العبد؛ لأنه لم يرجع عن شهادته، ويحد لقذفه من لم يثبت زناه بأربعة شهداء، ولا يلزم الثلاثة الأحرار حد ولا غرم، ويعترض هذا بأن العبد لما حد صارت الشهادة غير مستقلة، ولو كانت مستقلة لم يُحَدّ العبد؛ ففرق هنا بين شهادة

العبد التي سقطت لكونه عبدًا، ولم يرجع عن شهادته فيوهن شهادة الثلاثة، وقد يغمض الفرق بين سقوط شهادة العبد؛ لأنه عبد، وبين سقوطها بالرجوع لاسيما أن المذهب نقض الحكم إذا تبين أن الشاهد عبد، ولا ينقض الحكم في أحد القولين إذا تبين أن الشاهد فاسق.

قلتُ: قوله: (يغمض الفرق ... إلخ) يرد بأن الفرق أمر ظاهر جلي، فصار الحكم بالشهادة؛ كحكم خالف نصًّا جليًا، فيجب نقضه، والرجوع يحتمل كونه كاذبًا فيه كفسق طرأ، فيكون الحكم بشهادته؛ كحكم خالف دليلًا ظنيًا فلا ينقض.

قلتُ: وظاهر كلام المازري إنما هو سؤال الفرق بين ظهور كون أحد الأربعة عبدًا، ورجوع أحد الأربعة، وفهم منه ابن هارون ما صرح به ابن عبد السلام من عند نفسه من مناقضة ما في الموازيَّة من عدم حد الثلاثة الباقين من الأربعة الشهداء الباقين من الستة الذين ظهر أن أحدهم عبد لقولها: (إذا شهد أربعة بزنا رجل فظهر أن أحدهم عبد حدوا أجمعون) وأجابا بأن مسألة المدَوَّنة انتقض الحكم فيها بظهور كون الرابع من الشهود عبدًا، ونقضه يوجب حد الثلاثة الباقين، ومسألة الموازيَّة لم ينتقض الحكم فيها؛ لأن قصارى الأمر أنه شهد خمسة، وأقيم الحد ورجع منهم اثنان، وذلك غير موجب لنقض الحكم فلذا لم يُحَدّ الثلاثة الباقون.

زاد ابن عبد السلام: فإن قلت: فعلى هذا التقدير ينبغي أن لا يُحَدّ العبد.

قلتُ: قذف العبد للمشهود عليه سابق على حد الزنا؛ فلعله لما كان مطالبًا به، وظهرت الشبهة في زنا المشهود عليه برجوع بعض الشهود استصحب حكم القذف، ووجب حد العبد لذلك، والمسألة مع ذلك مشكلة.

قلتُ: لا إشكال في المسألة لما تقدم من جوابها.

وقوله: (ينبغي أن لا يُحَدّ العبد) لا موجب لتوهم قوله: (ينبغي أن لا يحد) إلا قياس العبد على الثلاثة الباقين، أو عدم نقض الحكم، وكلاهما غير صحيح.

أما القياس على الثلاثة فيرد على الفرق بأن الثلاثة شهداء لم يقع موجب لرد شهادتهم في أنفسهم والعبد؛ بطلت شهادته في نفسه فصار قاذفًا.

وأما أنه عدم نقض الحكم فمردود بحد الراجع من الأربعة مع عدم نقض الحكم برجوعه.

وفي الموازيَّة ما حاصله: إن رجع أحد ستة شهدوا بزنا رجل حده الرجم بعد فقء عينه به وثان بعد موضحة به، وثالث بعد موته فعلى الأول سدس دية عينه لفقئها بشهادته مع خمسة، وكذا على الثاني مع خمس دية الموضحة لكونها بشهادته مع أربعة، وعلى الثالث ربع دية نفسه لموته بشهادته مع ثلاثة.

وفي سقوط ما على الثاني عنه، ولزومه إياه قولان.

قلتُ: بناء على أن دخول دية فقء عين رجل، ودية موضحته في دية قتله خطأ في الجميع باعتبار استلزام دية النفس دية ما دونها كليَّة في أجزائها أو كلاهما.

قال ابن عبد السلام: هذا الذي قاله محمد بناء على أن الشهود إذا رجعوا بعد الحكم، وقبل استيفائه أنه لا يستوفى.

قلتُ: هذا واضح بين من تعليل قدر ما وجب على كل منهم.

قال: وأما إن قلنا: إنهم إذا رجعوا حينئذ أنه يستوفى، ولا يمنع رجوعهم من استيفائه فيصير المرجوم كأنه أقيم عليه الحد بشهادة الستة جميعًا، فيكون كمن قتله بعد أن أوضحه وفقأ عينه فكان ينبغي أن لا يكون على هؤلاء الثلاثة الذين رجعوا عن شهادتهم سوى ربع الدية تكون عليهم بالسواء، ويسقط ما عدا ذلك فتأمله.

قلتُ: قوله: فيكون كمن قتله بعد أن أوضحه وفقأ عينه وهمٌ، بل يكون كمن قتله بعد أن أوضحه وفقأ عينه؛ لأن قتله على هذا التقدير بنفس شهادتهم، ورجوعهم لغو فتأمله.

ومن رجم بشهادة أربع بزناه واثنين بإحصانه، ثم رجعوا أجمعون، ففي عدم غرم شهيدي الإحصان، وغرم كل منهما سدس الدية، وباقيها على بينة الزنا بالسويَّة، ثالثها: على كل من شهيدي الإحصان ربعها، وباقيها على بينة الزنا بالسويَّة، لأَصْبَغ مع سَحنون وابن القاسم وأشهب مع ابن الماجِشُون ومحمد، وأشار المازري إلى أن ذلك بناء على حصر حكم الرجم إلى إضافته لوصف زناه، ولغو إحصانه فيه؛ لأنه وصف

كمال له لا وصف نقص فيه، وإضافته إلى وصفي إحصانه، وزناه من حيث عدد مثبتهما أو إضافته إلى الوصفين من حيث ذاتيهما.

المازري: ولو رجع أحد شهيدي الإحصان؛ فعلى الأول: لا غرم عليه، وعلى الثاني: يغرم سدس الدية، وعلى الثالث: يغرم ربعها، ولو رجع أحد أربعة الزنا، فعلى الأول: يغرم ربع الدية، وعلى الثاني: يغرم سدسها، وعلى الثالث: يغرم ثمنها.

قال: ولو شهد أربعة بزنا رجل وإحصانه؛ فعلى الأول: إنما عليه ربع الدية، وعلى الثاني: عليه سدس الدية للإحصان، وسدس للزنا، وعلى الثالث: ربع للإحصان، وثمن للزنا.

ولو شهد أربعة بزناه اثنان منهم بإحصانه، ثم رجع أحد شهيدي الإحصان؛ فعلى الأول: لا شيء عليه بالإحصان، ويغرم في الزنا ربع الدية، وعلى الثاني: يغرم سدسها للإحصان، وسدسا للزنا، وعلى الثالث: يغرم ربعا للإحصان، وثمنا للزنا.

قال: وعلى أصل سَحنون في لغو الغرم عن شاهدي الإحصان إذا رجعا.

قال: ولو حكم الحاكم بشهادة رجلين في مال بتزكية رجلين إياهما، ثم رجع المزكيان عن تزكيتهما لم يغرما شيئًا، وقاله ابن الماجِشُون مع قوله: بمشاركة شهيدي الإحصان لشهود الزنا في الغرم، فيحتمل أن يكون اختلاف قول فيهما فيتخرج قول أحدهما في الأخرى، ويحتمل أن يكون ذلك لفرق بينهما إليه سبيل.

قلتُ: ولم يذكر فرقًا بوجه، ويفرق بضعف سببيَّة التعديل بالنسبة إلى سببيَّة الإحصان في الحكم الواقع بهما، وبيانه أن سببيَّة التعديل في الحكم الواقع به عامة في الحكم الواقع به، وهو الحكم، وهو الحكم بالمال وغيره فدلالتها على الحكم المذكور كدلالة العام على بعض أفراده، وسببيَّة الإحصان في الحكم الواقع به خاصة بالحكم الواقع به دون غيره، فدلالتها على ثبوت الحكم المذكور كدلالة الخاص على مدلوله.

وتقرر في أصول الفقه أن دلالة الخاص على مدلوله أقوى من دلالة العام على بعض أفراده لاحتمال لغو دلالة العام على بعض أفراده، وامتناع لغو دلالة الخاص على مدلوله.

الشَّيخ عن كتابي ابن المـوَّاز وابن سَحنون: إن ادعى من حكم عليه بشهيدين رجوعهما عما شهدا به عليه، فأنكرا، فإن لم يأت بلطخ فلا يمين عليهما، وإن أتى به حلفا وبرئا؛ فإن نكلا حلف المدعي، وأغرمهما ما أتلفا عليه؛ فإن نَكَل فلا شيء له عليهما، ولو أقام بينة بإقرارهما برجوعهما بعد الحكم بهما أنهما شهدا بزور غرما ما أشهدا به، ويغرمان الدية في النفس والرجم مع حد القذف، ويغرمان أرش الجراح، ولا ينظر لرجوعهما بعد الإقرار.

وقال محمد بن عبد الحَكم: إن ادعى عليهما أنهما رجعا عن الشهادة فلا يمين عليهما إن أنكرا، وإن أقام شاهدين برجوعهما قضي عليهما بالمال، وكذا في قيام البينة برجوع أحدهما.

وزعم أبو حنيفة وأصحابه أنه لا تقبل عليهما شهادة برجوعهما، وهو خروج من المعقول؛ لأن من قولهم لو أقر بالرجوع لزمهما الغرم.

ونقل ابن الحاجب توجه اليمين عليهما لا يفيد قيام اللطخ وهم، ونقله ابن شاس في آخر كلامه مقيدًا على الصواب.

وفي الحريرية: من شهد عند حاكم، ثم رجع إليه فقال له: نالني من أجل شهادتي وبالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بحق لكني راجع عن شهادتي فلا يقضى بها، فقال هاشم بن أحمد بن خزيمة: لا تسقط بهذا شهادته، وقاله أَصْبَغ بن سعيد.

وقال ابن زَرْب: لا يقضى بها؛ لأنه إن رجع عن حق علمه سقطت بذلك شهادته.

وقد روي عن مالك أنه قال: كان شريح القاضي يقول للشاهدين: بشهادتكما أقضي، أتشهدان أن الحق لهذا؟ فإن قالا: نعم أجاز شهادتهما، فكيف يقضي بشهادة من يقول: لا تقضي بشهادتي؟

قلتُ: الأظهر إن علم نزول ضرر به لشهادته قضى بها، وإلا فلا.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: ولو رجعا عن رجوعهما الموجب غرمهما لم يقالا، وقضي عليهما بما يقضي على الراجع.

قال ابن الحاجب: إثر هذا الفرع أما لو ثبت كذبهم نقض إذا أمكن.

قال ابن عبد السلام: ثبوت كذبهم عسير؛ لأنه راجع إلى تجريح الشهود، والمشهود عليهم بالكذب في هذه الصورة يشهدون بكذب من شهد عليهم فيها.

قلتُ: علق المؤلف ثبوت كذبهم على الإمكان، وإليه يعود هذا الشرط، لا إلى نقض الحكم.

ومن هذا المعنى إذا شهدوا على رجل بالزنا، ثم تبين أنه مجبوب.

قلتُ: قوله بثبوت كذبهم عسير، يرد بما أقر به أخيرا من مسألة المجبوب، وعما تقدم من مسألة من شهد بقتله، ثم قدم حيًّا.

وبقولها في كتاب الاستحقاق فيمن شهدت بينة بموته؛ فقسمت تركته، وتزوجت زوجته، ثم قدم حيًّا، وهو نص ترجمة النوادر بقوله في الحكم ينفذ، ثم يظهر ما يبطل به مثل البينة تقوم بقتل رجل عمدًا أو خطأ، فيحكم بذلك، ثم يقدم الشهود بقتله حيًّا، وشبه ذلك مما يظهر فيه الكذب، أو يظهر المرجوم مجبوبا.

قلتً: ومثل هذا لا يقال فيه عسير، واستدلاله على ذلك بقوله إن الشرط في قول ابن الحاجب إن أمكن راجع إلى ثبوت كذبهم، لا إلى نقض الحكم، وهم نشأ عن اعتقاده عسر كذبهم، والحق الواضح لمن أنصف أنه راجع إلى نقض الحكم، لا إلى ظهور كذبهم؛ لأن نقضه قد لا يمكن، ككونه حكما بقتل أو قطع وقع، وقد يمكن ككونه باستحقاق ربع ونحوه.

وكقوله في مسألة كتاب الاستحقاق المتقدمة، فإن لم تأت البينة بما تعذر من شبهة دخلت عليهم بذلك كتعمدهم الزور، فيأخذ متاعه حيث وجده، وترد إليه زوجته، وله أخذ ما عتق من عبد، أو كوتب أو دبر أو أمة اتخذت أم ولد، وقيمة ولدها من المبتاع كالمغصوبة يجدها بيد مشتر.

ولسَحنون من نوازله: من قال لمن شهد عليه: بلغني أنك شهدت علي بكذا؛ فقال له: إن كنت شهدت عليك بذلك؛ فأنا به مبطل، وكان شهد عليه، فهذا رجوع إن كان على قوله بينة، وتبطل شهادته، ولا يثبت بها شيء، إن كان ذلك قبل القضاء، وإن كانت مقالته هذه بعد القضاء ضمن ما استهلك من المال.

ابن رُشْد: لابن حبيب في هذه المسألة عن الأخوين وأَصْبَغ أن قوله هذا لا يضره في شهادته، وإن قامت عليه بينة إلا أن يرجع عن شهادته رجوعًا، ووجهه أن قوله يحتمل كونه اعتذارا، لا رجوعا، فلم يبطل الحاكم بشهادته إلا ببينتين.

ولو شهدت عليه البينة أنه قال ذلك ابتدأ دون أن يعاتب على شهادته، كان رجوعا عنها اتفاقًا.

الشَّيخ عن كتابي ابن المـوَّاز وابن سَحنون: إن رجعا عن شهادتهما بطلاق البتة، والنكاح ثبت بغير شهادتهما، فإن كان بعد البناء فلا خلاف في أن لا شيء عليهما، وإن كان قبله؛ فقال ابن القاسم: يغرمان نصف المهر.

أَصْبَغ: هذا استحسان، والقياس لا شيء عليهما.

ابن المـوَّاز: الصواب أن لا شيء عليهما، وقاله أشهب وعبد الملك وغيرهما ممن أرضي.

وفيها: إن رجعا بعد قضاء القاضي بشهادتهما بالطلاق قبل البناء، فعليهم نصف الصداق.

عياض: كذا عندنا في الأصل.

قال بعض الشُّيُوخ: لم يبين لمن هذا النصف، وحمله أكثر الشُّيُوخ على أن غرمه للزوج، وكذا جاء مفسرًا في كتاب العشور من الأسمعة، وحمله غير واحد على أن غرمه للمرأة، ليكمل لها صداقها الذي أبطلاه عليها بالفراق قبل الدخول.

وعليه اختصر المسألة القرويون قالوا: وهذا مقتضى النظر والقياس أن غرمه للزوج لا وجه له، إذا النصف عليه متى حصل الفراق قبل الدخول.

وأشهب وسَحنون لا يريان عليهما من المهر شيئًا.

الصقلي عن سَحنون: إن رجعا عن شهادتهما بعفو ولي الدم عن قاتل وليه، أو مجروح عن جارحه بعد الحكم بإسقاط القود لم يضمنا شيئًا، ولا قصاص على القاتل، وشبهه في الموازيَّة برجوعها في الطلاق.

سَحنون: ويحد القاتل مائة، ويحبس سنة، ويؤدب الشاهدان.

وقال محمد بن عبد الحكم: يغرمان الدية؛ لأن له في أحد قولي مالك أن يأخذ الدية.

سَحنون: ولو شهد بعفوه على أخذ مائة درهم، وهو ينكر، والجاني يدعي ذلك، ثم رجعا بعد الحكم بذلك فلا شيء لولي القصاص، ولا شيء على الشاهدين؛ لأن الجاني يخرج المال مقر بأنه عفي عنه بذلك، وولي القصاص إنما أبطلا عليه القصاص الذي لا ثمن له.

ولو كان المنكر الجاني، وولي القصاص يدعي مصلحة بذلك أو بالدية، فقضي بذلك، ثم رجعا فعليهما أن يغرما للجاني ما أخرجا من يده، وقول ابن الحاجب: ولو رجعا في شهادة الدخول في مطلقة غرما نصف الصداق هو نص الجلاب.

ولو شهدا على رجل في زوجته أنه دخل بها؛ فطلقها بعد الدخول، وهو مقر بالنكاح والطلاق، ومنكر للدخول، ثم رجعا عن شهادتهما؛ غرما له نصف الصداق الذي لزمه بشهادتهما.

المازري: لو شهد شاهدان بطلاق من ثبت نكاحها بغير شهادتهما، وآخران بأن الزوج دخل بها، وأرخى الستر عليها، ولم يعلم شاهد الطلاق كان قبل البناء أو بعده، ولم يعلم شاهدا الدخول بطلاقه؛ فلا غرم على شاهدي الطلاق على قولي أشهب وعبد الملك.

قلتُ: وابن الموَّاز.

قال سَحنون: هذا مذهب أصحابنا، وأكثر الرواة، وبعض الرواة خالف فيه وإسقاط غرمهما؛ لأنهما إنما أتلفا منافع بضع، وذلك لا يتقوم، وما غرمه الزوج من نصف الصداق واجب عليه بعقد النكاح، فلو رجع شاهدا الدخول غرما نصف الصداق؛ لأن شاهدي الطلاق لو اقتصر على شهادتها لم يلزم الزوج أكثر من نصف الصداق، وغرامة النصف الزائد عليه إنما هو بشهادة من شهد عليه بالبناء، فإذا رجعا عن شهادتهما غرما هذا النصف بينهما بالسواء، وإن رجع أحدهما غرم ربع الصداق.

قال ابن الحاجب: وإن شهد اثنان بالطلاق، واثنان بالدخول، ثم رجعوا؛ فالأكثر

لا غرامة على شاهدي الطلاق.

وقيل: كما لو انفردوا.

قلتُ: إن أراد بقوله: كما لو انفردوا مجرد الإشارة إلى قول بعض الرواة فواضح، وإن أراد به ذلك مع تعليله بتقدير انفرادهم رد بأن تقدير انفرادهم باطل في نفسه ضرورة ثبوت نقيضه؛ لأن الواقع عدم انفرادهم.

على هذا فهمه ابن عبد السلام؛ لأنه قال ما نصه: أكثر أهل المذهب على أنه لا غرامة على شاهدي الطلاق.

قال ابن سَحنون وبعض الرواة على خلافه؛ ولعله يريد أن الصداق يكون على جميعهم، وكان ينبغي أن يقول: كما لو انفردوا.

قلتُ: فقوله: وكان ينبغي أن يقول: (كما لو انفردوا) نص منه على تعليل قول بعض الرواة بالتقدير المذكور.

والبحث فيها يشبه قول الجد في المسألة المسماة بشبه المالكية: لو كنتم دوني لم ترثوا شيئًا.

المازري مع الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو غرم شاهدا البناء لرجوعهما، ثم ماتت الزوجة رجعا على الزوج بما غرما له؛ لأن إنكاره طلاقها والبناء يوجب أن موتها في عصمته قبل البناء، وذلك موجب عليه كل الصداق.

المازري: قال عبد الملك في كتابه: لو شهدا بطلاقه قبل البناء؛ فغرم الزوج نصف الصداق، ثم مات، ورجع الشاهدان غرما للزوجة ما حرماها من ميراثه، وما أسقطا من صداقها بالطلاق قبل البناء؛ لأن الموت أوجب إكماله.

ولو ماتت الزوجة؛ غرما للزوج ما يرثه منها فقط لا شيء مما غرم من الصداق، وهذا إن كان الزوجان ينكران ماشهد به الشاهدان من الطلاق، وذكر ابن الحاجب هذا في مسألة شهادة اثنين بالطلاق، واثنين بالدخول، ولا يتم ذلك فيها على قول بعض الرواة بغرم شاهدي الطلاق.

وفي النوادر ظاهر من كتاب ابن عبد الحَكم: ومن له أمة ذات زوج شهد شاهدان

بطلاقها، والسيد يدعيه يقضى له، ثم شهد شاهدان على الشاهدين بما أسقط شهادتهما من أنهما زورا شهادتهما، أو كانا غائبين عن البلد الذي شهدا به، فأثبت القاضي النكاح، وصح حكمه بالفراق، ثم رجع الشاهدان أخيرا فعليهما غرم ما بين قيمتها ذات زوج، وقيمتها خالية منه.

الصقلي عن الموازيَّة: قال ابن عبد الملك: إن رجعا عن شهادتهما بخلع على ثمرة لم يبد صلاحها بعد الحكم؛ غرما قيمتها على الرجاء والخوف.

محمد: بل قيمتها يوم جدها الزوج.

وكذا لو شهدا أنه خالعها على آبق أو شارد أو جنين في بطن أمه، ثم رجعا لم يلزمهما غرم إلا بعد خروج الجنين وقبضه، وبعد وجدان الآبق والشارد، وقبضهما، وإلى هذا رجع محمد ولعبد الملك قول تركته.

قلتُ: ذكر الشَّيخ قول عبد الملك، وقول محمد في الثمرة، وفي الجنين حسبما تقدم.

قال عنه: ولو كانت شهادتهما بخلعها بعبدها الآبق أو جملها الشارد كان عليهما لها قيمة ذلك على أقرب صفاته؛ فإن ظهر أنه كان ميتًا قبل الخلع لم يكن عليهما شيء، ولو ظهر أنه أصابه عور أو قطع يد قبل الخلع لم يلزمهما إلا قيمته كذلك، هذا قول عبد الملك، وأحب إلي إن رجي أخذ ذلك قريبًا لم يعجل بغرمهما حتى يقبض ذلك الزوج، وإن لم يرج تعجيل وجدانه؛ غرما قيمة صفتها على ما كانا يعرفان به قبل الإباق والشرود، فمتى ظهر نقص بعد ذلك أو موت رجعا بما زيد عليها، ثم رجع محمد عن هذا كله؛ فذكر ما ذكر الصقلي عنه.

المازري: من أقام على دعواه نكاح امرأة شاهدين، وهي تنكر فقضي عليها بأن تمكنه من نفسها؛ فإن علمت بطلان دعواه، وشهادة الشاهدين بالزور، وجب عليها أن تمنعه من نفسها إذا قدرت؛ لأنه كزان على اعتقادها؛ فإن جبرت على تمكينه، ثم رجع شاهد النكاح، فقد استحقت الصداق المسمى الذي شهد به الشاهدان، وأقر به الزوج، ولا رجوع لها على الشاهدين إلا أن يثبت أن صداق مثلها أكثر من المسمى؛ فيغرمان لها فضل صداق مثلها على المسمى، ولو طلقها قبل البناء فلا صداق لها عليه على مقتضى

إنكارها، وله أن يرجع إلى تصديقها في إنكارها، ويسقط عنه ما كان أقر لها به من نصف الصداق، وإن رجعت هي عن إنكارها وصدقت الزوج؛ فلها أخذ نصف الصداق منه إن اعتذرت عن إنكارها لكراهتها فيه وندمها على نكاحه، ويحلف على ذلك؛ كامرأة ادعت طلاق زوجها فأنكر ولم تقبل دعواها، فلما مات زعمت أنها كانت كاذبة في دعواها طلاقه، فإن ذلك يقبل منها إن اعتذرت بكراهتها للزوج وترثه.

قال ابن أبي زيد: وتحلف، وكذا على تأويله تحلف المنكرة للنكاح.

ولعبد الملك مثل هذا في رجلين شهدا بطلاق امرأة، فقضي به وزوجها منكر، ثم تزوجها أحد الشهيدين؛ فإن رجع عن شهادته طلقت عليه؛ وغرم نصف الصداق، وإن كان لم يبن بها لإقراره أنه تزوج زوجة غيره، ولو كان رجوعه بعد البناء لم يحد، ولو كان قبل تزويجها؛ منعه الإمام من تزويجها إلا أن يرجع عن رجوعه عن الشهادة، ويحلف على أن الحق في شهادته الأولى؛ فقبل عبد الملك رجوعه عن قول اقتضى تحريمها عليه، وهو كأحد قولي المدَوَّنة فيمن شهد على رجل بعتقه عبده، فلم يقض بشهادته، ثم اشترى العبد؛ فقال غير ابن القاسم: لا يعتق عليه إلا أن يتمادى على إقراره بعد شرائه أن العبد حر.

وقال ابن القاسم: يعتق عليه، وإن لم يتماد على شهادته، وقول ابن القاسم هذا قد يتخرج منه أن لا يقبل من هذا الشاهد بالطلاق المتزوج لهذه المرأة رجوعه عن شهادته، وهو ظاهر إطلاق ابن الموَّاز في هذه المسألة، وكذا في مسألة التي أنكرت النكاح، ثم رجعت عن إنكاره إلا أن يقال: إنما قال ابن القاسم حرمة العتق.

قلتُ: ما ذكره ولو كان رجوعه بعد البناء لم يُحَدّ هو نقل الشَّيخ عن ابن الماجِشُون في الموازيَّة إذا تزوجها أحدهما، ثم رجع عن شهادته؛ فلها الصداق، ويفرق بينهما بطلاق، ولا حد عليه، والوهم والعمد في ذلك سواء إلا أنه يؤدب في العمد لا في الوهم.

وذكر قبل قول عبد الملك عن محمد ما نصه: لو رجع قبل أن يتزوجها، ثم جهل فتزوجها فلا صداق عليه إلا أن يبني بها، فيلزمه مهرها، ولا يقر معها، وهو يقر أنها

ذات زوج.

وفيها: وسقوط حد العامد في ذلك لوقوع الحكم بالطلاق مع عدم نقضه برجوعه.

قال المازري: ولو كانت الزوجة هي المدعيَّة للنكاح، والمدعى عليه ينكر العقد عليها، ورجع الشاهدان بعد بنائه، وصداق مثلها أقل من المسمى، ففي رجوعه بفضله على صداق مثلها على الشاهدين قولان بناء على تقرر غرمه عوض البضع بنفس وطئه فقط، أو بأن وطأه رضى بما شهد به عليه لقدرته على تركها بطلاقها.

وفيها: لا يحل له القدوم على وطئها مادام معتقدًا كذب البينة عليه في العقد كما قالوا في المرأة المنكرة العقد عليها: لا يحل لها تمكينها نفسها طوعًا بل الواجب حده؛ كمن وطئ أمة ابتاعها، وهو يعلم أنها حرة إلا أن يراعي شبهة حكم الحاكم.

وفي سرقتها: وإن رجعا بعد الحكم، وقد شهدا بعتق ضمنا قيمة العتق.

الصقلي: وفي كتاب ابن سَحنون: وكذا لو كانت أمة غرما قيمتها إلا أنها لا يحل لها أن تبيح فرجها إن علمت أن البينة شهدت بزور، وإن لم تعلمه فذلك لها.

قلتُ: وذكر الشَّيخ مسألة المدَوَّنة من كتاب ابن سَحنون بلفظ: فإن كان السيد مقيمًا على الجحد فله قيمة العبد على الشاهدين، ويبقى ولاؤه له؛ لأن من أعتق عبدًا عن رجل فالولاء للرجل، وعلله المازري بقوله: لأن الشاهدين معترفان بأن الولاء لسيده لا لهما، والسيد يستحق ماله على مقتضى إنكاره لكونه ملكًا له؛ فإن لم يكن له وارث أخذ السيد ماله على مقتضى قوله وقول الشاهدين.

قلتُ: الصواب كونه على مقتضى ظاهر ما حكم به عليه، ولو كان على مقتضى قوله وقول الشاهدين من حيث رجوعهما لم يكن مشروطًا بعدم الوارث، وعلى ظاهر قول المازري.

قال ابن عبد السلام: ينبغي أن يرد لهما من تركة العبد قدر قيمته التي أخذ منهما؛ لأنه إنما أخذها بمقتضى الملك فيما يزعم لا بمقتضى الولاء والجمع بين الملك، وأخذ القيمة باطل.

قلتُ: ما ذكره غير لازم على تعليل المازري لا بنفس حكم المسألة لجواز تمسك السيد بأنه أخذه بمقتضى ظاهر ما حكم به عليه؛ إلا أنه يأتي في الشهادة بالعتق إلى أجل ما يقتضي رجوعهما عليه بما غرما له مطلقًا.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو رجعا عن شهادتهما بعتق عبد إلى أجل بعد القضاء به؛ غرما قيمته حالة، وأخذاها في خدمته يؤاجرانه، أو يستخدمانه؛ فإن استوفياها قبل تمام أجله كانت بقيَّة خدمته إلى الأجل لسيده، وإن تم الأجل قبل استيفائها؛ فلا شيء لهما، فإن مات العبد بيد سيده عن مال أو قتل، فأخذت قيمته أو مات بعد الحريَّة عن مال أخذ الشاهدان من ذلك ما بقي لهما.

قلتُ: لم يقيد الشَّيخ أخذها في موته حرًا بشيء، والصواب تقييده بأن لا وارث له، وهذا يقتضي رجوعهما على سيده في المسألة السابقة حسب ما بيناه.

قال الشَّيخ: وذكر ابن الماجِشُون هذه المسألة وقال: إن أعتقه السيد قبل قبض الشاهدين من خدمته ما غرماه بعد عتقه، ورد لهما ما أخذ منهما أو ما بقي لهما منه.

وذكر ابن الموَّاز مثل ما ذكر سَحنون، وزاد: لو قال السيد بعد أن أغرمهما قيمته لا آمنهما عليه، وإنما نستخدمه، وندفع لهما ما يحل علي من خدمته، فذلك له، وربما كان ذلك في الجارية النفيسة، وذات الصنعة فذلك له.

وقاله عبد الملك: وقال لي عبد الله بن عبد الحَكم: يغرمان قيمته مسقطًا منها قيمة خدمته للأجل فلم يعجبنا، وقد تجاوز قيمة عمله إلى الأجل قيمته.

وقال عبد الملك: لو كانا عديمين حكم عليهما بقيمة العبد، ثم إن شاء السيد حبسه، وحسب عليه قيمة خدمته؛ فمتى ما أيسرا رجع عليهما بباقي خدمته معجلًا، ويدفع إليهما فيما يستقبل قيمة خدمته شهرًا بشهر أو سنة بسنة على قدر ما يرى، وله دفع العبد لغيره بإجارة يستوفيها السيد في قيمته إن تمت السنون قبل تمام القيمة تبعهم بما بقي.

وتعقب المازري قول محمد قد تجاوز قيمة عمله إلى الأجل قيمته بما نصه: هذا صحيح من جهة الفقه لو أمكن تصوره؛ لكنه ممتنع عادة في جهة العقلاء؛ لأنه إذا حكم

بقيمة الرقبة على بقاء العبد مملوكا طول حياته علم قطعا أن تلك المنافع المؤجلة دخلت في هذا التقويم فلا يصح أن تكون أكثر منه.

وقال ابن عبد السلام: ما قاله المازري صحيح لو كان الناس يلتفتون في تقويم العبد إلى مدة حياته، وأكثرهم يقطعون النظر عن ذلك.

قلتُ: يرد قوله: (أكثرهم يقطعون النظر عن ذلك) بأن قطع النظر عن ذلك إنما هو في تقويم ما لم يعتبر فيه قيمة خدمته لمدة مؤقتة، أما ما يعتبر فيه قيمة خدمته لمدة كما في مسألتنا هذه، فلا يقطع النظر عن ذلك فتأمله.

الشَّيخ عن الموازيَّة: لو رجعا عن شهادتهما بتعجيل معتق إلى أجل بعد القضاء بتعجيل عتقه غرما قيمة خدمته إلى الأجل على غررها، ولو كان إلى موت فلان غرما قيمته على أقصر العمرين عمر العبد، وعمر الذي يعتق إلى موته.

المازري: قد يعارض هذا الذي ذكره محمد وغيره باقتضائه أن من أعتق عبدًا بعد موته أنه يلزمه كما لو كان في هذه المسألة العبد شيخًا، والمعلق عتقه عليه صبي صغير.

وأجاب: بإمكان موت الصغير قبله فاعتبر في لزوم العتق، واعتبر في لزوم غرم قيمته العادة؛ لأنها أمر مالي.

قلتُ: ونقل الشَّيخ في باب المدبر عن أَصْبَغ أنه يقول بغرم الراجعين عن شهادتهما بتعجيل المعتق إلى أجل قيمة رقبته لا خدمته.

قال محمد: نحا به أَصْبَغ إلى طريقة ابن القاسم في أم الولد.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: إن رجعا عن شهادتهما بتدبير عبده بعد الحكم على سيده به تعجل منهما قيمته، واقتضيا من خدمته ما وديا، ويرجع باقي خدمته لسيده.

محمد: يغرمان قيمته يوم الحكم، ويخير السيد في إسلامه لهما ليأخذا من غلته ما وديا مادام سيده حيًا، واختصاصه بخدمته، ويدفع لهما قيمة تلك الخدمة.

ابن عبد الحَكم: يتعجل قيمته منهما، ويختدمانه في القيمة، ويرجع بعد استيفائهما ما غرما لسيده، وإن مات المدبر قبل استيفائهما لم يتبعا السيد بشيء؛ فإن كانا عديمين ضمنا فضل ما بين قيمته عبدًا، وقيمته مدبرًا أن لو جاز بيعه مدبرًا أولًا أخرج العبد من

يده بغير شيء، ولا أقول بقول بعض أهل الحجاز يختدمه سيده في قيمته إن استوفاها لم يتبع الشاهدان بشيء إن أيسرا، وإن مات قبل أن يختدمه بوفاء القيمة يتبعهما بما بقي منها إذا أيسرا، ولو قال قائل: يقضى عليهما بما نقص التدبير من قيمته كانا موسرين أو معسرين لم أعبه، وهو أقوى من القول الآخر.

محمد: فإن مات السيد قبل أن يستوفيا من الخدمة ما وديا، فإن خرج من ثلث سيده عتق، ولا شيء لهما غير ما أخذا، وإن رق بعضه فالشاهدان أحق بما رق منه حتى يستوفيا بقيَّة ما غرما، وما فضل عن ذلك فهو لوارثه.

وكذا ذكر سَحنون في موت السيد قال: ولو مات المدبر عن مال أخذا منه ما بقي لهما، وكذا من قيمته إن قتل، ولو مات سيده، وعليه دين يرقه بيع لهم قبل الدين، كما لو جنى جناية والدين محيط أهل الجناية أولى برقبته.

ولابن سَحنون عنه: لو كان المرجوع عن الشهادة بتدبيره جارية لا تخارج كما نهى عثمان عن مخارجة الأمة التي لا صنعة لها خوف كسبها بفرجها غرما قيمتها، وعتقت إذ ليس فيها ما يستوفى منه ما غرما إلا أن يتفقوا عليها إلى أن يدركا شيئًا من رقها بموت السيد عاجزا ثلثه عن عتقها، وقاله ابن الماجِشُون في كتابه؛ فإن لم يتفقا عليها خرجت حرة، ولم يلزم سيدها نفقتها.

الشَّيخ: لابن سَحنون عنه، وفي الموازيَّة: إن رجعا عن شهادتهما بكتابة عبد بعد الحكم على سيده غرما له قيمته ناجزة.

محمد: يوم الحكم ويقتضيانها من الكتابة وباقيها إن كان لسيده، فإن وداها عتق وإلا رق لسيده، ولو عجز قبل قبضهما ما غرما بيع لهما منه تمام ما بقي لهما؛ فإن عجز عن تمامه لهما فلا شيء لهما هذا قول عبد الملك.

وقال ابن القاسم: توقف قيمته بيد عدل، ويتأدى السيد الكتابة؛ فإن تأداها.

وفيها: تمام القيمة ردت القيمة للشاهدين، فإن كانت الكتابة أقل أو مات المكاتب قبل الاستيفاء؛ دفع للسيد من تلك القيمة تمام قيمة عبده.

ابن الموَّاز: وهذا غير معتدل، وبقول عبد الملك أقول، وعليه أصحاب مالك.

والسيد في قول ابن القاسم مظلوم منع من التصرف في عبده دون شيء وصل إليه، ولا راحة للشاهدين في وقفهما؛ ولعلها تتلف فيغرمانها ثانية، ولو استحسنت قول ابن القاسم لقلت: كلما قبض السيد من الكتابة شيئًا دفع مثله للشاهدين من القيمة الموقوفة خلاف ظاهر جوابه.

سَحنون: وقال بعض أصحابنا: إذا رجعا بيعت الكتابة بعرض؛ فإن كان فيه وفاء القيمة أو أكثر فهو للسيد، وإن كان أقل رجع عليهما بتمام القيمة، والقول الأول أكثر.

وفي كتاب ابن الماجِشُون: تباع الكتابة بعرض؛ فإن شاء السيد أخذه، وإن شاء بيع العرض؛ فإن وفى ثمنه بالقيمة أو زاد فهو له، وإن كان أقل تبعهما بتمام القيمة.

قال عنه ابن مهران: فإن أبى السيد من بيع الكتابة لم يغرم له الشاهدان شيئًا.

قلتُ: فالأقوال أربعة: قول الأكثر، وقول ابن القاسم، وقول بعض أصحاب سَحنون، وقول ابن الماجِشُون، وفي عد قول محمد: لو استحسنت قول ابن القاسم ... إلخ، خامسًا: نظر.

وقال ابن عبد السلام: اتفق المذهب على إلزام الشاهدين قيمة المكاتب.

قلتُ: في صحة هذا الاتفاق مع القولين الأخيرين نظر.

ومن كتاب ابن سَحنون والموازيَّة: قال سَحنون: إن شهدا أنه أعتق مكاتبه.

قال في الكتابين: شهدا أنه أخذ منه ما عليه من الكتابة.

قال في الموازيَّة: أو أسقطه عنه، وخرج حرًا، وثبتت كتابته بغيرهما، أو بإقرار به؛ فحكم القاضي بذلك، ثم رجعا غرما لربه ما كاتبه به عينًا أو عرضًا.

قال في الموازيَّة: يؤديانه على نجومه، وقاله عبد الملك.

قال سَحنون: إن شهدا على رجل أن فلانا كاتبه بمائتي دينار، وقيمته مائة، والمشهود عليه يجحد فقضي عليه وخرج حرًا، ثم رجعا غرما له مائتين، ولا ينظر إلى قيمته.

قُلتُ: لأنه حر الأصل.

الشَّيخ: إن رجعا عن شهادتهما على رجل أنه أولد جاريته هذه بعد الحكم عليه

بشهادتهما أنها أم ولد له غرما قيمتها لربها، ولم يبق فيها خدمة يرجعان فيها بها غرما إلا أن يؤخذ فيها أرش من جراحها أو قيمة من قاتلها؛ فيرجعان في ذلك بما غرما، وما فضل عنه لربها.

سَحنون: وكذا يرجعان فيما أفادت من مال بعمل أو هبة بها وديا فقط.

وقال محمد: لا رجوع لهما فيه.

المازري: ولا مرجع لهما في سعيها وخدمتها.

وقال ابن عبد الحَكم: يخفف عنهما فيما يغرمانه من قيمتها لما بقي لربها فيها من استمتاع؛ ولذا لو كانت حاملًا غرما قيمتها على التخفيف، وإن كان لها ولد شهدا أنه أقر أنها ولدته منه، فألحق به، ثم رجعا غرما له قيمته.

الشَّيخ: وروي عن بعض مشايخنا أن لا شيء عليهما إذا شهدا أنه اتخذها أم ولد، وهي رواية ما أدري حقيقتها، ولا أرى ذلك.

المازري: والأمر كما ذكر؛ لأن هذا القول يخرم الأصول التي عقدناها في أمثال هذه المسألة، ولو كان ذلك مراعاة للقول لجواز بيع أم الولد لكان في المدبر أولى؛ لأن الخلاف في بيع المدبر أشهر منه في بيع أم الولد، وإن رجعا عن شهادة بعتق أم ولد بعد الحكم به؛ ففي غرمهما قيمتها وعدمه، ثالثها: قيمة مخففة.

للشيخ عن محمد عن ابن القاسم محتجًا بأنه كقتلها، وعن قول محمد مع عبد الملك وأشهب محتجًا بأنه كرجوعهما عن شهادة بطلاق مدخول بها، وصحة عتق السفيه إياها، وابن عبد الحَكم قائلًا: يخفف عنهما بقدر ما أبقيا له من الوطء، ونقل ابن عبد السلام، وقال أَصْبَغ: لا قيمة على قاتل أم الولد، لا أعرفه له بل لسَحنون.

قال ابن رُشْد في أول رسم من سماع عيسى من كتاب الضحايا ما نصه: واختلف في أم الولد إن قتلت، فقيل: لا قيمة على قاتلها، وهو قول سَحنون.

وقال ابن القاسم: وروي أن عليه قيمتها.

قلتُ: وقال ابن حارث في باب جناية أم الولد ما نصه: واتفقوا في أم الولد يجنى

عليها فتقتل أن قيمتها قيمة أمة، وكذلك جراحها، وأن جميع ذلك لسيدها.

وقال ابن عبد السلام: وانظر على قول ابن القاسم: لو شهدا باستيلاد أمة فرجعا عن شهادتهما، وغرما القيمة لسيدها، ثم شهد آخران بتبتيل عتقها، ورجعا عن شهادتهما، وغرما القيمة ما الحكم في ذلك؟

قلتُ: الحكم في ذلك واضح مما ذكره الشَّيخ.

قال: لابن سَحنون عنه: لو رجعا عن شهادتهما بعتق عبد في محرم عام أول بعد الحكم به فغرما قيمته، ثم شهد آخران أنه أعتقه في صفر عام أول لم ينفع ذلك الراجعين؛ لأنه بشهادتهما عتق.

وقيل: إن القاضي يقبل الشاهدين بعتقه في صفر على سيده، ويلزمه رد القيمة على الراجعين، وهذا أعم، وأكثر من الأول، وقاله ابن عبد الحَكم، وفرض أن شهادة الأولين بعتقه في رمضان، وشهادة الآخرين بعتقه في ذي الحجة من عام أول، وزاد إن كان السيد يختدمه فيما بين رمضان وذي الحجة، فللعبد طلبه بقيمة ذلك بشهادة الراجعين في قول أشهب لا في قول ابن القاسم، وبقول أشهب أقول: فإذا قضى له الحاكم بذلك رجع به السيد على الراجعين؛ لأن شهادتهما أوجبت ذلك.

يريد: ولم يغرما قيمته، ثم إن رجع الشاهدان الأخيران عن شهادتهما قيل لهما: إنما برئ الأولان بشهادتكما فاغرما ما كان لزمهما من قيمة العبد.

قلتُ: فعلى قول ابن عبد الحَكم يزول الغرم عن الشاهدين بإيلاد الأمة الراجعين عن شهادتهما لبرائتهما بشهادة الأخيرين بعتقها، ويعود الغرم على الشاهدين بعتقها لرجوعهما؛ لأن بشهادتهما برئ الأولان، وعلى القول الأول من نقلي ابن سَحنون، وهو قول سَحنون أن الغرم لا يزول عن الأولين بشهادة الأخيرين لا يكون على الأخيرين غرم برجوعهما فتأمله.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: من ادعى أنه ابن رجل، والأب ينفيه؛ فأقام بينة أن الأب أقر أنه ابنه فحكم بذلك الحاكم، ثم رجعا وأقرا بالزور بقرب ذلك، ولم يمت الأب فلا شيء عليهما في تثبيت النسب قبل أن يؤخذ بشهادتهما المال بالميراث؛ فيرث

المقضي له، ويمنع العصبة؛ فحينئذ يغرمان للعصبة ما أتلفا عليهم، وكذا إن كانت الشهادة على من مات، وترك عصبة فقضي للابن بالميراث.

وفي الموازيَّة: لو رجعا عن شهادتهما على رجل في عبده أنه أقر أنه ابنه بعد القضاء بإلحاقه به، وحريته غرما له قيمته عاجلًا؛ فإن مات الأب وترك ولدًا آخر معلوم النسب قسما تركته إلا قدر قيمة المستلحق يختص بها المعلوم النسب؛ لأن المستلحق مقر أن أباه ظلم فيها البينة، وأنه لا إرث له فيها، ويغرم الشاهدان للثابت النسب قدر ما أخذه المستلحق من التركة.

محمد: وإنما اختص الثابت النسب بالقيمة؛ لأنا لو قسمناها بينهما رجع الشاهدان على المستلحق فيما أخذ منهما لإقراره أنه لا رجوع لأبيه عليهما لصحة نسبه عنده، فإذا أخذا ذلك منه قام عليهما الابن الأول النسب فأخذ ذلك منهما؛ لأنه يقول: لو بقي بيد المستلحق رجعت بمثله عليكما لوجوب غرمكما كلما أخذ من التركة من ألحقتماه بأبي.

الصقلي عن الموازيَّة: ولو طرأ على الميت دين مائة دينار لرجل أخذ من كل من الولدين نصفها؛ فإن عجز عن ذلك أتم قضاء الدين من القيمة التي انفرد بها المعلوم النسب، ورجع الشاهدان عليه بمثل ما غرمه الملحق؛ لأنهما غرما له مثل ما أخذ الملحق، وما أخذه الملحق قضي به دين الأب، ولا ميراث للمعلوم إلا ما فضل عن الدين، وأيضًا فهو كما لم يأخذ الملحق شيئًا، وكان يجب عليهما غرم ذلك للثابت نسبه؛ فلذا وجب أن يرجعا عليه.

قال: ولو لم يترك ولدًا غير الملحق، وترك مائتي دينار؛ يريد: إحداهما قيمة الولد الملحق فالمائة الواحدة له فقط، والأخرى للعصبة أو لبيت المال، ويغرم الشاهدان مائة أخرى للعصبة أو لبيت المال؛ لأنهما لولا شهادتهما أخذ العصبة مائتين فلو طرأ على الميت دين مائة دينار أخذت من الملحق وحده ورجع الشاهدان فأخذ المائة التي وديا للعصبة أو لبيت المال، وإنما غرم الدين الملحق وحده؛ لأنه مقر أن الذي ترك أبوه مائة، والمائة التي هي قيمته أخذت من الشهيدين ظلمًا؛ فوجب أن يؤدي المائة التي ورث إذ لا ميراث قبل الدين، وإنما رجع الشاهدان بالمائة على العصبة؛ لأنهما غرما لهم

ما أخذ الملحق، وما أخذه قضي به دين وليهما، ولا إرث إلا بعد الدين.

الشَّيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو رجعا عن شهادتهما في امرأة ورجل أنهما لفلان، وهما يجحدان ذلك بعد القضاء بذلك، وأقرا بالزور فلا ضمان في ذلك.

قلتُ: هذا يناقض ما نقله ابن رُشْد واللخمي.

قال ابن رُشْد في سماع عبد الملك من جامع البيوع: من باع حرًّا، وغاب فعليه طلبه حتى يرده، فإن عجز عن رده؛ فقيل: يغرم ديته لورثته؛ وكتب بها للقاضي ابن بشير بقرطبة، فجمع أهل العلم، وكتب لقاضيه الذي سأله أن أغرمه ديته كاملة.

قلتُ: وحكاه اللخمي رواية لابن حبيب في ترجمة غصب ما لا يجوز بيعه، وكان يجري الجواب عن المناقضة بأن تسبب الشاهدين في رقه أضعف من تسبب البائع في رقه؛ لاستقلال بائعه برقه، وعدم استقلال الشاهدين برقه لمشاركة مدعي رقه لهما في ذلك.

ابن عبد الحَكم: إن شهدا على رجل أنه عبد فلان، وهو يدعي الحريَّة؛ فقضي برقه، ثم رجعا فلا قيمة عليهما، ويغرمان للعبد كلما استعمله سيده وخراج عمله، وما انتزعه منه، وليس لمن قضي له بملكه أخذ ذلك منه؛ لأنه عوض ما أخذه منه، ولو مات العبد لم يرث ذلك السيد، ولكن يوقف ذلك حتى يستحق ذلك مستحق، ثم يرثه بالحرية، فإن أعتق العبد قبل موته منه عبدًا جاز عتقه، وكان ولاؤه بعد لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرًا، ولا يرثه العبد إن مات، ومعتقه حي.

قلتُ: كذا وجدته في نسخة عتيقة من النوادر أنه لا يرثه العبد إن مات، ومعتقه حي، وهو مشكل إن كان المراد بالعبد المرجوع عن الشهادة برقه، وقد عتق إلا أن يريد بقوله: (ومعتقه حي) أن المعتق هو من أعتق العبد المرجوع عن شهادته فتأمل ذلك، وإن أوصى منه العبد كان ذلك في الثلث، وإن وَهْب منه أو تصدق جاز ذلك، ويرث باقيه ورثته إن كان له من يرثه إن كان حرًا، وليس للعبد أن يتزوج منه؛ لأن النكاح ينقص رقبته.

ومن كتاب ابن سَحنون: إن شهدا على رجل أنه عبد لمن ادعاه، والمدعى عليه

يجحد، فحكم برقه، ثم قاطعه المحكوم له بمال أخذه منه، وأعتقه أو كاتبه عليه؛ فأدى وعتق، ثم أقرا بالزور غرما للمشهود عليه ما ودى إلى السيد، والحكم ماض، والولاء قائم.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: إن شهدا على رجل أنه أقر لفلان وفلان بمائة دينار، ثم رجعا بعد القضاء، وقالا إنما شهدنا بها لأحدهما وعيناه، رجع المقضي عليه بمائة بخمسين عليهما، ولا تقبل شهادتهما للآخر بكل المائة لجرحتهما برجوعهما، ولا يغرمان له شيئًا؛ لأنه إن كان له حق فقد بقي على من هو عليه، وليس قول من قال: يغرمان له خمسين بشيء؛ لأنهما إنما أخذا خمسين من المطلوب أعطياها لمن لا شيء له عليه، ولو كان عبدًا بعينه شهدا أنه أقر به لفلان وفلان فرجعا بعد القضاء به لهما، وقالا: إنما أقر به لفلان منهما فهاهنا يغرمان لمن أقرا له قيمة نصفه؛ لأنهما أتلفاه عليه هذا إن أقر من كان العبد بيده أنه لمن شهدا له أخيرا، وإن ادعاه لنفسه، وأنكر شهادتهما غرما نصف قيمته للمشهود عليه، وليس للمقر له أخيرا إلا نصفه.

قال ابن عبد السلام: لم يضمن أهل المذهب الشاهدين للمشهود له أخيرا، وعذروهما بالنسيان، واختلف في ضمان المودع بالنسيان، وضمنوا من أقر بثوب لزيد، ثم أقر به لعمرو، ولم يعذروه بالنسيان، وقد يفرق بأن الشاهد قد يكثر تحمله للشهادات فلو ضمن بالنسيان كان عليه ضرر عظيم، ولو أقر بتعمد الزور لانبغى أن يتفق على تضمينه.

قلتُ: قوله: (وعذروهما بالنسيان) يرد بأن النسيان في هذا الباب عند الفقهاء إنما هو عدم ذكر الإنسان ما كان ذاكرًا كمودع شيئين لرجلين، ثم لا يذكر ما لأحدهما منهما بعينه لا فعل ما يعتقد جوازه،أو قوله، وهو في الواقع غير جائز؛ لأن هذا إنما يعبر عنه بالخطأ الذي هو في أموال الناس كالعمد، ومن البين أن الصادر من الشاهدين في هذه المسألة إنما هو المعنى الثاني لا الأول، وإنما أوجب عدم تضمينهما ما قاله ابن عبد الحَكم، وهو صواب فتأمله، ويقوم منه أن ما في الذمة لا يتعين بحال مادام في الذمة، وأن التعرض إليه بغير الواجب لا يوجب فيه حكمًا.

ونزلت في أوائل هذا القرن مسألة هي أن رجلا له دين على رجل فعدا السلطان على رب الدين فأخذه من غريمه، ثم تمكن رب الدين من طلب المدين بدينه، فاحتج المدين بجبر السلطان على أخذه منه من حيث كونه حقا لرب الدين، فأفتى بعض الفقهاء ببراءة المدين، وأفتى غيره بعدم براءته محتجًا بأن ما في الذمة لا يتعين.

وقوله: (فلو ضمن بالنسيان كان ضرر عظيم) مقابل بأن عدم تضمينه ضرر بالمشهود عليه، وهو غير مفرط والشاهد هو المفرط فكان أولى بالخسارة.

وقوله: (لو أقر متعمدًا لزور) لانبغى أن يتفق على تضمينه فيه نظر؛ لأن مقتضى قول ابن عبد الحَكَم: (ولا يغرمان له شيئًا؛ لأنه إن كان له حق ... إلخ) أن تعمدهما الزور، وعدمه سواء فتأمله.

الشَّيخ في الموازيَّة: إن رجع أحدهما عن شهادتهما بحق بعد الحكم غرم نصفه فقط، وقاله عبد الملك، وابن عبد الحَكَم، وأَصْبَغ.

محمد: ولو رجع أحدهما عن نصف ما شهدا به غرم الربع، وإن رجع عن الثلث غرم السدس، ولو رجع أحدهما عن نصف ما شهدا به غرم الربع، وإن رجع عن الثلث غرم السدس، ولو اختلف رجوعهما غرم كل واحد منهما ما شهد به.

الصقلي عن ابن القاسم: لو كانت البينة ثلاثة فرجع أحدهم بعد الحكم فلا شيء عليه لبقاء من يثبت الحق به؛ فإن رجع ثان غرم هو، والأول نصف الحق.

وقال ابن عبد الحَكَم: يغرم الراجع أولًا من الثلاثة ثلث الحق، وذكر أن أشهب قاله في أربعة شهدوا بدرهم فرجع ثلاثة أن عليهم ثلاثة أرباعه.

محمد: لو شهد ثلاثة بثلاثين فرجع أحدهم عن الجميع، وآخر عن عشرين وآخر عن عشرة فقد بقيت عشرة اجتمع عليها رجلان، واجتمعوا في الرجوع عن عشرة فهي عليهم أثلاثا والعشرة الثلاثة رجع عنها اثنان، وأثبتها واحد فعلى الاثنين نصفها اثنان، ونصف على كل واحد، وهما الراجع عن الجميع، والراجع عن عشرين.

قال: ولابن سَحنون عنه لو رجع رجل وثلاث نسوة عن شهادة بحق غرم الرجل نصفه، والنسوة نصفه، ولو رجع من النسوة، وهن عشرة واحدة إلى ثمانية فلا غرم

عليهن، فلو رجع منهن تسع فعليهن ربع المال بينهن بالسواء.

قلتُ: لأن التسع كامرأة من امرأتين.

وقد قال الشَّيخ عن ابن الماجِشُون: لو شهد رجل وامرأتان بمال، ثم رجعت المرأتان فعلى كل واحدة ربعه، وإن لم ترجع إلا واحدة فعليها الربع.

قال ابن الحاجب: فلو كان مما يقبل فيه امرأتان كالرضاع وغيره، ورجعوا فعلى الرجل سدس، وعلى كل امرأة نصف سدس، فلو رجعوا إلا امرأتين فلا غرم فلو رجعت أخرى فالنصف على جميع من رجع.

قلتُ: يريد أن الشهود رجل، وعشر نسوة كذا صورها ابن شاس، وذكر فيها من الحكم مثل ما ذكر ابن الحاجب.

قال ابن هارون: جعلوا على الرجل ضعف ما على المرأة، وفيه نظر، والقياس استواء الرجل والمرأة في الغرم في هذا الفصل؛ لأن شهادة المرأة فيه كشهادة الرجل، وقاله ابن عبد السلام، ثم قال: ولعل وجهه أن الشهادة لما آلت إلى المال حكم بالرجوع فيها بحكم الرجوع عن شهادة الأموال.

قلتُ: هذا التوجيه وهمٌ؛ لأن رجوع الرجل مع نسوة في الأموال يوجب عليه غرم نصف الحق لا ضعف ما يجب على المرأة حسبما تقدم؛ وعندي أنه يتوجه على غير المشهور في إضافة الغرم إلى عدد الشهود من حيث عددهم لا على أقل النصاب منهم، وهو قول ابن عبد الحكم وأشهب في أربعة رجع ثلاثة منهم أن عليهم ثلاثة أرباع الحق خلاف المشهور أن عليهم نصفه فتأمله، ثم تعقب توجيهه المذكور بقول ابن شاس وابن الحاجب: لو رجعوا إلا امرأتين فلا غرم.

قال: فهذا مما يقوي ما نقلناه أن الرجل في هذا الباب كالمرأة فلذا استقل الحكم بالمرأتين، ويرد بأن بقاء المرأتين يثبت حكم الرضاع، وكلما ثبت فلا غرم فهذه الصورة التي نقض بها علة الحكم في صورة النزاع مباينة لصورة النزاع، فلا ترد نقضا فتأمله، ولا أعرف هذه المسألة لأحد من أهل المذهب، ولقد أطال الشَّيخ والصقلي في هذا الباب بذكر مسائل كثيرة، ولم يذكراه.

قلتُ: ذكره الغزالي في وجيزه بلفظ ما ذكره ابن شاس فأضافه ابن شاس إلى المذهب على عادته في ذلك ظنًّا منه أنها جارية على أصول المذهب، وعليه في ذلك تعقب عام، وهو إضافته ما يظنه أنه جار على المذهب إلى المذهب؛ كأنه نص فيه، وتعقب خاص، وهو حيث يكون الإجراء غير صحيح كهذه المسألة؛ فتأمل ذلك منصفًا.

ولما ذكرها الغزالي قال: وتنزل كل امرأتين منزلة رجل؛ لأن هذا يثبت بشهادة النسوة فلا يتوقف شطره على الرجل.

قلتُ: وهذا التوجيه يعم لقوله في كتاب الرضاع: والشهادة فيه بأربع نسوة، وشهادة الرجل عندنا في الرضاع كالمرأة، قاله في النكاح الثاني منها.

وقول ابن الحاجب: وقياس قول أشهب خلافه؛ يريد أن رجوع بعضهم يوجب عليه غرم منابه، ولو بقي من يتم الحكم به حسبما تقدم.

الشَّيخ عن الموازيَّة: إن رجعا بعد الحكم بشهادتهما، وهرب المقضي عليه قبل الغرم فليس للمقضي له تغريم الراجعين بما يغرمانه للمقضي عليه إذا غرم ما شهدا به عليه؛ ولكن ينفذ الحكم عليهما للمقضي عليه؛ فإذا أغرم أغرمهما كما لو شهدا بحق مؤجل، ثم رجعا فلا يرجع عليهما حتى يحل الأجل، ويغرم وله طلب الحكم له عليهما الآن، ولا يغرمان الآن.

قال ابن عبد الحَكَم: للمقضي عليه طلب الشاهدين بينة دفع المال عنه للمقضي له.

وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يحكم على الراجعين بشيء حتى يغرم المقضي عليه، وفي هذا تعرض لبيع داره فإتلاف ماله، واللذان أوجبا ذلك عليه قيام؛ أرأيت لو حبسه القاضي في ذلك أيترك محبوسًا، ولا يغرم الشاهدان؟ بل يؤخذان بذلك، حتى يخلصاه، فإن أبيا حبسا معه، ولو شهدا عليه بمائة دينار فحكم عليه بها، وأجله الإمام فيها عشرة أيام، ثم رجعا قبل تمام الأجل غرما ذلك الآن وبرئ المطلوب، وكذا نقله ابن شاس.

وقال ابن الحاجب: وللمقضي عليه مطالبتهما قبل غرمه ليغرمه للمقضي له،

وللمقضي له ذلك إذا تعذر من المقضي عليه، وقيل: لا يلزمها إلا بعد غرم المقضي عليه، وضعفه ابن عبد الحَكم.

قُلتُ: قوله: (عن المذهب) وللمقضي له ذلك وهم؛ لأنه خلاف المنصوص، ولو ذكره بعد ذكر المنصوص أمكن أن يكون قولا انفرد بمعرفته وقوله.

وقيل: لا يلزمها إلا بعد غرم المقضي عليه، وضعفه ابن عبد الحَكم ظاهره أن هذا القول في المذهب، وهو وهمٌ، وما نقله من تضعيفه ابن عبد الحَكم قد نقله الشَّيخ حسبما تقدم.

ابن عبد السلام: إذا وقف غرمها على غرم المقضي عليه، فغرمها مشروط بغرمه، فيلزمه تأخير الشرط عن المشروط،وذلك مناقض لأصل المسألة أن للمقضي عليه أن يطالبها بالدفع للمقضي له قبل غرمه.

ألا ترى أن غرمها سابق على غرمه، فيكون غرمها سابقًا لاحقا؛ وهو باطل، فلو صح ما نقله المؤلف من تضعيف ابن عبد الحَكم لكان وجهه هذا.

قلتُ: وقفه على غرمه إنما هو في غيبته لا مع حضوره، ولا يتوهم تأخر الشرط عن المشروط إلا في مجموع توقف غرمها على غرمه مع لزوم غرمها بمجرد طلبه غرمها قبل غرمه، ويرد بأنه إنما شرط غرمها بغرمه في حال غيبته لا في حال حضوره؛ لأنه في غيبته يمكن أن لو حضر أقر بالحق المشهود عليه به، وإذا حضر وطلب غرمها انتفى هذا الاحتمال فقوله: (يلزم تأخير الشرط عن المشروط)؛ وهم فتأمله.

وقوله: (لو صح ما نقله المؤلف من تضعيف ابن عبد الحَكم) يدل على أنه لم يصح، وقد تقدمت صحته، وقوله: (لكان وجهه هذا) يدل على أن ابن عبد الحَكم لم يذكر وجه تضعيفه، وقد تقدم توجيهه له نصًّا.

[باب تعارض البينتين]

تعارض البينتين: اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى.

عبد الحق: روى النسائي بسنده عن أبي موسى: «**أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ**

في دابة ليس لواحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين»[1].

وقال: إسناده جيد، وذكر عن عبد الرزاق بسنده إلى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ **«قضى أن الشهود إذا استووا أقرع بين الخصمين»**[2].

عبد الحق: هذا مرسل، وفي سنده إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى، وهو متروك.

وذكر الدارقطني بسنده عن جابر **«أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في ناقة؛ فقال كل واحد منهما: نتجت هذه الناقة عندي، وأقاما بينة فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده»**[3].

فمهما أمكن الجمع بينهما جمع كالدليلين، وتتقرر صورة الجمع مثل قولها: ومن قال لرجل: أسلمت إليك هذا الثوب في مائة أردب حنطة، وقال الآخر: بل هذين الثوبين لثوبين سواه في مائة أردب حنطة، وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي أردب، ولو قال المسلم إليه: أسلمت لي هذا الثوب الذي ذكرت مع العبد فيما سميت، وأقاما البينة قضي بالبينة الزائدة فيأخذ من الثوب والعبد، وتلزمه المائة لذي الأردب.

وفيها مع غيرها: إذا تعارضت البينتان قضي بأعدلهما.

ولابن رُشْد في سماع يحيى من الشهادات: إن شهدت إحدى البينتين بخلاف ما شهدت به الأخرى مثل أن تشهد إحداهما بعتق، والثانية بطلاق، أو إحداهما بطلاق امرأة، والثانية بطلاق امرأة أخرى، وشبه هذا فلم يختلف قول ابن القاسم، ورواية المصريين في أنه تهاتر يحكم بأعدل البينتين، فإن تكافأتا سقطتا.

وروى المدنيون أنه يقضى بهما معا إذا استوتا في العدالة؛ أو كانت إحداهما أعدل.

---

(1) أخرجه النسائي: رقم (5424) في كتاب آداب القضاة باب القضاء فيمن لم تكن له بينة.

(2) أخرجه عبد الرزاق: رقم (15211) في كتاب البيوع باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة.

(3) أخرجه الدارقطني: رقم (21) كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، والبيهقي: رقم (21013) في كتاب الدعوى والبينات باب المتداعيين يتنازعان شيئًا في يد أحدهما ويقيم كل واحد منهما على ذلك بينة.

وفي نوازل سَحنون: إن شهدت بينة بقتل زيد عمرًا يوم كذا، وبينة بأنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد عن موضع القتل قضي ببينة القتل.

ابن رُشْد: هذا مشهور المذهب، وقاله أَصْبَغ.

وقال إسماعيل القاضي: يقضى ببينة البراءة إن كانت أعدل، وإن كانتا في العدالة سواء طرحتا، وقاله ابن عبد الحَكم.

وفي نوازل أَصْبَغ: إن شهدت بينة بزنا رجل بمصر في المحرم يوم عاشوراء، وأخرى أنه كان ذلك اليوم بالعراق حد، ولو شهدت الأخرى بأنه سرق ذلك اليوم بالعراق أو قتل إنسانًا بالعراق سقطتا، ولو شهدت الأخرى بأنه زنى ذلك اليوم بالعراق حد، وكذا لو شهدت بينة أنه قتل فلانًا بمصر، وشهدت أخرى أنه قتل فلانًا بالعراق قتل بهما.

ابن رُشْد: تفرقة أصبع هذه هي على قياس مشهور قول ابن القاسم أن البينتين إذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة، وإن اختلفت في الأنواع سقطتا إلا أن يكون إحداهما أعدل فيقضى بها، وقال أيضًا: إن اختلفتا بالزيادة سقطتا إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها كاختلاف الأنواع، فيلزم على قياس هذا إن شهدت الأخرى بأنه زنى ذلك اليوم بالعراق أن تسقطا إلا أن تكون إحداهما أعدل، فيقضى بها كما لو شهدت أنه سرق ذلك اليوم بالعراق، وهو الذي يوجبه القياس لتكذيب كل بينة الأخرى، وتعليل أَصْبَغ لإقامة الحد والقتل بأنه يعلم صدق إحدى البينتين غير صحيح؛ لأنه إذا علم أن إحداهما كاذبة، واحتمل أن تكون كل واحدة هي الكاذبة احتمل كذبهما معا، وإذا احتمل كذبهما معا أو كذب إحداهما لم يصح أن يحكم بأن إحداهما صادقة إلا أن تكون هي أعدل، وإلى هذا نحا ابن عبد الحَكم على ما ذكرناه عنه في نوازل سَحنون، ويأتي على قياس قول الأخوين عن مالك في أن البينتين إذا شهدت إحداهما بخلاف ما شهدت به الأخرى واستويتا في العدالة أنه يقضى بما شهدتا به معا أنه يُحَدّ للزنا، والسرقة إذا شهدتا بهما، وهو بعيد جدًّا.

قول ابن الحاجب: ومهما أمكن الجمع جمع يدل على أنه إن شهدت إحداهما بأنه

طلق الكبرى، والأخرى بأنه إنما طلق الصغرى، أنه يجمع بينهما، وتقدم من نقل ابن رُشْد أنه خلاف قول ابن القاسم، ورواية المصريين، وحوز أحد المتداعيين، ولا مرجح.

وفيها: من كانت بيده دور أو عبيد أو عروض أو دنانير أو غير ذلك فادعى ذلك رجل وأقام بينة، وأقام ذلك من بيده بينة أنه له قضي بأعدل البينتين، وإن تكافأتا سقطتا، وبقي الشيء بيد حائزه، ويحلف.

عياض: ثبت قول ابن القاسم، ويحلف عند ابن وضاح، وسقط لغيره.

وفي الموازيَّة: لا يمين عليه.

وفي الولاء منها: ومن ورث رجلًا بولاء يدعيه، ثم قام آخر البينة أنه مولاه، وأقام قابض الميراث مثلها، وتكافأتا فالمال بينهما.

قيل: ولم، وقد قال مالك: إذا تكافأت البينتان فالمال الذي هو بيده؟ قال: إنما ذلك إذا لم يعرف أصل المال، وهذا مال عرف أصله، وقال غيره: هو للذي بيده كمن بيده ثوب ادعاه رجل، وأقام بينة أن ذلك الثوب كان لزيد يملكه، وأن المدعي اشتراه منه، وأقام حائزه بينة مثلها، ومات البائع، ولم تؤرخ البينتان، وهم في العدالة سواء سقطت البينتان، وبقي الثوب لحائزه ويحلف.

الصقلي: مسألة الولاء بخلاف هذه؛ لأن الولاء لم يحزه أحدهما، وإنما وقع الحوز في مال عرف أصله.

وعبر عنه المازري بقوله: إن عرف مبدأ حوزه ففي الترجيح به قولان فذكر مسألة الولاء، قال: وكذا لو التقط رجل لقطة فأخذها منه من أقام بينة أنها له، فقيل: إذا عورضت بينته ببينة مثلها بقيت له.

قلتُ: ومنه مسألة من طلبته امرأته بكسوتها؛ فقال لها: الثوب الذي عليك لي، وقالت: بل هو لي، ففي كون القول قولها أو قوله نقل الطرر عن الاستغناء، وفتوى ابن دحون، وابن الفخار قال: حكى قوليهما الفقيه أبو القاسم البوياني، واختار الأول.

قلتُ: بناء على اعتبار كونها في حوز الزوج أو حوزها في نفسها.

وإن تكافأت بينتا من ادعى ما بيد ثالث: فقال اللخمي: إن ادعاه لنفسه؛ فقيل: ينتزع منه، ويكون بينهما نصفين لاتفاق البينتين على انتزاعه منه، وقيل: يبقى لحائزه لترجيح كل من البينتين الأخرى.

قلتُ: ذكرهما المازري روايتين، والثانية قولها، والأولى هي ظاهر قول الغير فيها.

اللخمي: فإن اعترف به لأحدهما فعلى القول الأول إقراره لغو، ويقتسمانه، وعلى الثاني هو لمن أقر له به.

المازري: اختلف القول عندنا في رجلين ادعيا عفوا من الأرض لا يد عليه، وأقاما البينة هل يصرفان عنه ويقسم بينهما بعد الاستيناء؟

اللخمي: اختلف إن تنازعا عفوا من الأرض، فقيل: يقتسمانه بمنزلة ما لا يد عليه.

وقال في المَدَوَّنة: تبقى كغيرها من عفو بلاد المسلمين.

يريد: لأن العبد والدار لا بد لهما من مالك، وعفو الأرض يصح أن يكون لا مالك له.

وفيها: لابن القاسم بلغني عن مالك: إن تكافأت بينتا المتنازعين في عفو من الأرض سقطتا، وبقيت الأرض كغيرها من عفو بلاد المسلمين حتى تستحق ما ثبت من ذلك.

ابن القاسم: مثل أن يأتي أحدهما ببينة هي أعدل من الأولى.

وقال ابن القاسم عن مالك في باب بعد هذا: كل ما تكافأت فيه البينات، وليس بيد واحد منهما، ولا يخاف عليه مثل الدور والأرضين يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه إلا أن يطول الزمان، ولا يأتيا بغير ما أتيا به، فإنه يقسم بينهما.

ابن القاسم: لأن وقف ذلك يصير إلى الضرر.

قلتُ: ففي ترك العفو مطلقًا، وقسمه بعد الطول رواية ابن القاسم فيها، وقول أبي إبراهيم، وروى ابن نافع أن العفو يوقف أيضًا مثل رواية ابن القاسم أولا.

واقتصار ابن عبد السلام على قوله: روى ابن نافع في العفو أنه يوقف أبدا، ورواية

ابن القاسم أنه يقسم بينهما بعد أيمانهما يدل على أن لا رواية لابن القاسم إلا القسم، وأنه لا يشترط فيه استيناء طول الزمان، وكلاهما غير صحيح لما تقدم من قول الأمهات.

وإذا وجب قسم المدعى فيه فقال ابن شاس: إن لم يكن في أيديهما قسم على قدر الدعاوي، زاد ابن الحاجب اتفاقًا.

قال ابن هارون: فعليه إن ادعى أحدهما جميع الثوب، والآخر نصفه قسم بينهما أثلاثا.

قلتُ: وذكر المسألة ابن حارث وقال فيها عن عبد الملك وسَحنون: لمدعي الكل النصف بإجماعهما على ذلك، والنصف الثاني الذي تداعيا فيه بينهما نصفين.

قلتُ: وكذا نقله الشَّيخ عن أشهب في كتاب ابن سَحنون، وهو خلاف قول ابن الحاجب اتفاقًا.

الشَّيخ في الموازيَّة لابن القاسم: إن قال أحد الشريكين في مال بأيديهما لي ثلثاه، وقال الآخر: لي نصفه، وإنما لك نصفه فلمدعي الثلثين النصف ولمدعي النصف الثلث، والسدس الباقي بينهما نصفين بعد تحالفهما.

وقال أشهب: يقسم بينهما نصفين، فعبر غير واحد عن قوليهما بكون القسم على الدعاوي أو نصفين.

وفي تعيين المبدأ منهما باليمين خلاف.

قال المازري: ذكرنا الاختلاف في اختلاف المتبايعين في الثمن هل يبدأ البائع أو المبتاع؟ وذلك يجري هنا.

قلتُ: إنما يتصور الإجراء لو أمكن اختصاص أحدهما بكونه كالبائع، واختصاص الآخر بكونه كالمبتاع، ولا يخفى تعذر ذلك، ثم قال: وكان شيخنا يختار في هذا الأصل القول بالقرعة، وقيل في هذه المسألة الحاكم بالخيار فيمن يبدئه بالحلف.

قلتُ: الأظهر تبدئة آخرهما دعوى على صاحبه؛ لأنه الأول من المدعى عليه منهما، ثم أجرى حلف كل واحد منهما على نفي دعوى صاحبه فقط، أو عليه مع صحة

دعواه رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين على الحكم في ذلك في اختلاف المتبايعين، وعلى كونه على التداعي في كونه على قدر مدعي كل منهما كعول الفرائض، أو على اختصاص مدعي الأكثر بما سلم له، وقسم المتنازع فيه بالسويَّة، نقلا الشَّيخ عن مُطَرِّف مع ابن كنانة وابن وَهْب وأشهب وابن القاسم مع ابن الماجِشُون.

قال ابن الحاجب: ولو زادوا على اثنين فقولان:

أحدهما: اختصاص مدعي الأكثر بما زاد على الدعويين جميعا، وهو الصواب.

والثاني: اختصاصه بما زاد على أكثرهما؛ فلو كان ثالث يدعي الثلث مع مدعي جميعه، ونصفه جاء القولان؛ فعلى الأول يختص مدعي الكل بالسدس، ثم يأخذ من الباقي نصفه، وهو ربع وسدس، ثم يختص مدعي النصف بما زاد على الثلث، وهو نصف السدس، ويقتسمان الثلث، وعلى الثاني يختص مدعي الكل بالنصف، ثم يأخذ من الثاني نصف ما زاد على الثلث، وهو نصف الثلث، ويأخذ مدعي النصف نصف سدس، ثم يقسم الباقي أثلاثا.

قلتُ: يريد بالأول الاختصاص بما زاد على الدعويين، والثاني الاختصاص بما زاد على أكثرهما، وتقرير كلامه واضح.

وعن الشَّيخ في النوادر: الأول لمحمد بن الموَّاز، وقال ابن حارث: رأيته لبعض المصريين في كتاب أبي إسحاق البرقي، وعزا الشَّيخ الثاني لأشهب، وقرره بقوله: يقال لمدعي النصف، ولمدعي الثلث: سلمتما النصف لمدعي الكل؛ فيكون له ستة أسهم من اثني عشر، ويقال لمدعي الثلث: سلمت السدس، وهو سهمان يكون بين مدعي الكل، ومدعي النصف نصفين، ويبقى الثلث، وهو أربعة يدعونه كلهم؛ فيقسم بينهم أثلاثا فيصير لمدعي الثلث سهم وثلث من اثني عشر، ولمدعي النصف سهمان وثلث، ولمدعي الكل ثمانية وثلث.

قال: هو نحو جواب ابن القاسم، وقرر محمد قوله بقوله: يقال لمدعي النصف، والثلث سلما السدس لمدعي الكل، وبقي خمسة أسداس يدعيها صاحب الكل وصاحباه يدعيانها فيعطيانه نصفها، ثم يقتسمان نصفها، وهي عشرة قراريط من أربعة

وعشرين قيراطًا، يقال لمدعي الثلث: أنت لا تدعي في قيراطين منهما فسلمهما لمدعي النصف، وتقسم الثمانية بينهما نصفين.

وقال ابن حارث: وفي هذا الأصل قول ثالث هو أعدل الأقاويل أن القسمة في ذلك على حساب عول الفرائض، وهو من معنى قول مالك في الدينار الواقع في مائة دينار، وكثيرًا ما كنت أسمعه من شُيُوخنا، وهو لأصحابنا أيام الدرس لهم، والمناظرة لهم.

قلتُ: حكاه الشَّيخ في نوادره من نقل أشهب قال: قال أشهب: وقال بعض أصحابنا: يقسم بينهم على حسب عول الفرائض فيقسم على أحد عشر سهمًا لمدعي الكل ستة، ولمدعي النصف ثلاثة، ولمدعي الثلث اثنان.

وما به الترجيح أمور الأعدليَّة في الترجيح بها معروف المذهب، ونقل ابن حبيب عن بعض علمائنا، ونقله ابن عبد السلام رواية عن مالك لا أعرفه، وابن رُشْد إنما عزاه لبعض أهل العلم، قال: وقاله المخزومي.

قال اللخمي: اختلف في الترجيح بالأكثر، والأعدل على ثلاثة أقوال رجح في المدَوَّنة بالأعدل لا بالأكثر.

وروى ابن حبيب: يرجح بهما.

قال ابن حبيب: وسمعت غير واحد من علمائنا يقول: إذا شهد عدلان، ومن هو أعدل منهما أو أكثر عددًا فهما سواء، وتبعه المازري على ذلك.

ابن حارث: اتفقوا في البينتين تتضادان في الأموال، والبياعات أن الأعدل منهما أحق بالقبول، واختلفوا إذا تضادت في النكاح؛ فقال ابن القاسم في المدَوَّنة: لا ينظر في هذا إلى الأعدل، ويفسخ النكاح إن كان الشهود كلهم عدولًا، وقاله أشهب، ولابن عبدوس عن عبد الملك وسَحنون أنه يقضى بالأعدل في النكاح.

قال: وقال أَصْبَغ في الشهادات من المستخرجة في باب مسائل النوازل أن الجراح والدماء والعتق والقصاص والحدود كلها لا ينظر فيها تكافأت فيه الشهادات إلى الأعدل بعد أن يكون من شهد عدلًا مرضيًا؛ فهو أحق ممن يعرض لترك الشهادة.

قلتُ: لم أجده في العتبيَّة، وليست هذه المسألة من مسائل الترجيح بل من باب الاختلاف في تعارض البينتين في الإثبات، والنفي هل هو من باب التهاتر؟ فينظر فيه إلى الترجيح أو البينة المثبتة مقدمة، وليس من باب التهاتر، وعليه يتنزل قول أَصْبَغ هذا فتأمله.

قلتُ: لغو الترجيح بالكثرة، واعتباره قولها ورواية ابن حبيب.

وفيها لابن القاسم: لو شهد لهذا شاهدان، ولهذا مائة وتكافأوا في العدالة لم يرجح بالكثرة.

اللخمي والمازري: ومحمله على الغايات، ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضي بهم وذكر في تمام رواية ابن حبيب ما نصه: إن كان كلاهما كثيرًا يكتفي بهم الحاكم فيما يلتمسه من الاستظهار بالكثرة لم ينظر إلى الأكثر في الترجيح به، وعزاه الشَّيخ لرواية الأخوين، ووجه المشهور القرافي بأن المقصود من القضاء قطع النزاع، ومزيد العدالة أشد في التعذر من مزيد العدد؛ لأن كلا من الخصمين يمكنه زيادة العدد في الشهود، ولا يمكنه مزيد العدالة، وتعقبه ابن عبد السلام بقوله زيادة العدد إنما هي معتبرة بقيد العدالة نسلم، ولا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد سهلة، وتقرر في علم الأصول أن الوفاء بهما أن الوصف بهما كان أدخل تحت الانضباط، وأبعد عن النقض، والعكس كان أرجح وزيادة العدد منضبط محسوس لا يختلف، والعدالة مركبة من قيود، فضبط الزيادة فيها متعذر أو متعسر فلا ينبغي أن تعتبر في الترجيح.

قلتُ: رده أولًا بقوله: (لا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد سهلة)، يرد بأن القرافي لم يتمسك بأنها سهلة؛ بل بأنها ممكنة غير ممتنعة، وكونها ليست سهلة لا يمنع إمكانها عادة، وقوله: (ضبط زيادة العدالة متعذر أو متعسر) يرد بمنع ذلك فإنا نعلم بالضرورة في شهود شُيُوخنا، وأمثالنا من هو أعدل من غيره منهم، ووجهه المازري بأن الشارع لما قيد شهادة الزنا بأربع والطلاق باثنين، وقبل في المال الواحد مع اليمين دل على أن لا تأثير في العدد.

قلتُ: الأظهر في الترجيح بالأعدليَّة دون الكثرة أن ما به الأعدليَّة دون الكثرة إن

ما به الترجيح في الأعدليَّة هو وصف حاصل فيما وجب الحكم به، وهو الشاهدان اللذان يجب الإعذار فيهما للمحكوم عليه، والكثرة وصف خارج عما وجب الحكم به.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: يقدم الشاهد الأعدل مع يمين القائم به على شهادة عدلين.

ابن رُشْد: هذا خلاف قوله في سماع أَصْبَغ من كتاب الدعوى، وما حكاه ابن حبيب عن الأخوين من تقديم العدلين عليه، ولو كان أعدل أهل زمانه، وهو أظهر والأول إغراق في القياس.

قلتُ: تقديم شهادة الأعدل مع امرأتين على رجلين عدلين، ولغو أعدليته بتقدم شهادة الرجلين نقل اللخمي عن ابن القاسم مع المازري عن المذهب، وتخريج اللخمي على أن التقديم تخريج من المقدم لمن قدم عليه، وهو نص محمد، وتبعه المازري، وزاد وحكى هذا الذي خرجناه بعض الأشياخ حكاية مطلقة.

وقال ابن الحاجب في الشاهدين: على الشاهد واليمين والشاهد، والمرأتين قولان ورجع عنه ابن القاسم.

قلتُ: يريد مع التساوي في العدالة لما يذكره بعد، وكذا قيده ابن شاس بالتساوي، ولفظ ابن الحاجب يقتضي أن أول قولي ابن القاسم تقديم الشاهدين على الشاهد والمرأتين، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وتقدم أن اللخمي لم يثبته إلا تخريجًا مع قول المازري حكاه بعض الأشياخ حكاية مطلقة، وهذا يضعف نسبته لابن القاسم لاسيما مع قول ابن شاس.

قال أشهب: يقدم الشاهدان على الشاهد والمرأتين إذا استووا في العدالة، وقال ابن القاسم: لا يقدمان.

قال ابن الحاجب: وعلى التساوي لو كان الشاهد أعدل من كل منهما فقولان.

قلتُ: تقديمه هو سماع أبي زيد، ومقابل هذا القول تقدم الشاهدين عليه، وهو متقدم نقل ابن رُشْد على الأخوين.

قلتُ: وانظر قول اللخمي: أوقف ابن القاسم شهادة رجلين بشهادة رجل

وامرأتين إذا تكافؤوا.

وفي سماع عيسى قال ابن دينار: لا أرى أن يقضى بمن هو أعدل من المعدلين فيقدم على من هو عدل.

ابن رُشْد: هذا قول ابن الماجِشُون، وروى مُطَرِّف أنه يؤخذ بأعدل المعدلين، والأول هو الجاري على قول ابن القاسم أن الترجيح لا يكون إلا بالعدالة؛ لأن زيادة عدالة المعدلين لا تفيد زيادة عدالة في المعدلين، وإنما تفيد زيادة غلبة الظن بصحة عدالة المعدلين، ورواية مُطَرِّف على القول بالترجيح بكثرة العدد.

وفي اعتبار بينة الحائز للمدعى فيه بتعارض بينة المدعي، ولغوها معروف المذهب، ونقل غير واحد عن ابن الماجِشُون، وهو قول المخالف.

قال ابن الحاجب: (فلو ترجحت البينة سقط اعتبار اليد، وفي يمين الخارج حينئذ قولان)؛ يريد: إذا ترجحت بينة المدعي على بينة المدعى عليه الحائز للمدعى فيه قضي للمدعي، وفي وجوب اليمين عليه قولان.

قلتُ: نقل القولين الصقلي قال: قال بعض القرويين: اختلف إذا كانت إحدى البينتين أعدل هل يحلف صاحب الأعدل؟ ففي المدَوَّنة أنه يحلف في مسألة عفو الأرض مع أعدل البينتين.

وقال ابن محرز: إن كانت إحدى البينتين أعدل قضي لصاحب الأعدل مع يمينه، وعند محمد: لا يمين عليه.

وقال ابن شاس: تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ مع يمينه على الرواية المشهورة.

وقال ابن محرز: إذا تكافأتا فالقول قول الحائز مع يمينه.

وقال محمد: لا يمين عليه.

وقال عياض في مسألة عفو الأرض: وقد يقال: إن إلزامه اليمين هنا؛ لأنها في غير يد مالك فاستبرأ باليمين لحق بيت مال المسلمين.

قلتُ: مفهومه إنما هو في حوز حائزه لا يمين عليه، وانظر ما ذكره ابن شاس في

ذلك من الروايتين من حكاهما من المتقدمين.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكَم: إذا أُرِّخَت بينتا المتداعيين قضيت لأبعدهما تاريخًا، وإن لم تؤرخا قضيت بأعدلها.

وذكره اللخمي غير معزو، كأنه المذهب قال: وسواء كان المدعى فيه تحت أيديهما أو تحت يد أحدهما أو تحت يد ثالث.

قال: واختلفا إن أُرِّخَت إحداهما هل يكون لمن أُرِّخَت أو بمنزلة من لم يؤرخ؟

وذكرت الروايات على نحو ما وردت.

المازري عن أشهب: إن شهدت بينة بأنه يملك هذا العبد منذ سنة، وشهدت بينة بأنه لآخر يملكه منذ ثلاث سنين قضي به لذي الثلاث، ولو قالت الثانية: بل هو في يد الآخر يملكه منذ ثلاث سنين قضي به لذي الثلاث، ولو قالت الثانية: بل هو في يد الآخر منذ سنتين قدمت شهادة من شهد بالملك منذ سنة حتى يقولوا إنه في يد الآخر يملكه منذ سنتين، فرجح أشهب الشهادة بالملك على الشهادة بالحوز.

وكان بعض أشياخي يرى خلاف هذا، وأن الواجب رد السلعة لمن تقدم حوزه لها، حتى يثبت ما يوجب خروجها من يده.

قال أشهب: لو شهد لمدعي أمة أنها بنت أمته لم تفده؛ لأنها لم تتضمن إثبات ملكه، وقد تكون ولدتها قبل أن يشتريها.

قال المازري: وهذا واضح لكنه لو شهدت له أنها ولدت عنده لم تفده.

واعترضه بعض أشياخنا وقال: إنما أسقطها بالجواز أن تكون ولدت عنده؛ وهي وديعة عنده أو رهن، وتعقبه بأن احتمال الوديعة والرهن بعيد.

قلتُ: لما ذكر اللخمي قول أشهب هذا قال: وقول ابن القاسم أنها لمن ولدت عنده أصوب، ومحمل الأمر على أنها له حتى يثبت أنها وديعة أو غصب.

وفيها: لو أن أمة ليست بيد أحدهما أتى أحدهما ببينة أنها له ولدت عنده لا يعلمون أنها خرجت من ملكه بشيء، قضي بها لصاحب الولادة.

قال غيره: ولو كانت بينة الآخر أعدل، وليس هذا بتهاتر لكن لما زادت قدم

الملك كانت أولى، كما لو شهدت بينة أحدهما أنه يملكها منذ عام، وبينة الآخر أنه يملكها منذ عامين؛ قضي ببينة أبعد التاريخين، وإن كانت الأخرى أعدل.

المازري: إلا أن يؤرخ الشهود بالملك دون الولادة عنده بتاريخ، فيعلم قطعًا أنه سبق تاريخ الولادة؛ فتكون هاهنا الشهادتان، وقد تكافأتا وتعارضتا؛ مثل أن يشهد قوم في فتاة لم تبلغ الحلم أنها وُلِدَت عند زيد على ملكه، وشهد آخرون أنها مملوكة لعمرو منذ ثلاثين عامًا فهذا يعلم قطعًا أن إحداهما كذبت، فيقع التعارض، ويعود الحكم إلى ما قدمناه أولًا.

قلتُ: فرضه أن الأمة لم تبلغ الحلم يوجب سقوط البينة بأنها مملوكة منذ ثلاثين عامًا؛ لأنها مخالفة للضرورة، فيجب سقوطها فلا يقع التعارض الذي زعمه، والعجب منه كيف وقع في هذا.

وقد نبه اللخمي على ما قلناه، وقال: إن شهدت بينة كل منهما بنتاجها عنده، أو أُرِّخَت بوقتين مختلفين أو متفقين فهو تكاذب؛ إلا أن يتبين كذب إحداهما؛ لأنها مما تتوالد دون ذلك الوقت أو قبله فتكون لمن أشبه.

وفيها: النسج كالولادة.

اللخمي والمازري: اختلف في ذلك فذكر قولها: قال: وفي كتاب ابن سَحنون البينة له بالملك تقدم على البينة بالنسج، ويقضى لمن شهدت له بالنسج بقيمة عمله بعد حلفه ما عمله باطلًا؛ وإنما الخلاف إذا كان الناسج إنما ينسج لنفسه، ومن انتصب لنسج الناس بأجر أو للبيع؛ فالبينة له بالنسج لغو.

وكذا نسخ الكتاب.

اللخمي: وقيل: إن كان مما ينسج مرتين كالخز، فقالت: كل بينة هذا نسجه، وعرف الأول كان له، وللثاني قيمة عمله، وهذا فاسد لا أعلم أحدًا نقض ثوب خز جديد، ثم أعاده.

وأيضًا فلا يعرف لو نقض أن الحرير أو الصوف الذي في هذا هو عين الأول، إنما يعلم مادام ثوبًا، ويستحيل أن يشهد على حرير أو صوف بعد أن يصنع أنه المتقدم قبل

العمل، وإن كان الأول قديمًا، والثاني جديدًا فهو أبين أن لا يعرف.

[باب الملك]

الملك: استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلًا أو حكمًا لا بنيابة[1]،

---

(1) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ: قبل هذا وهنا أن بعضهم قال: يعسر إدراك الملك أو يتعذر فلذا عرفه الشَّيخ هنا ردًا على من قال ذلك، والله الموفق.
قوله: (استحقاق) الملك الحقيقي إنما هو لمالك الملوك الخالق للذوات والصفات فلا مالك حقيقة إلا الله تعالى، ومعنى أن العبد مالك للشيء؛ أي أنه أذن له في التصرف في الشيء، ولما عسر معناه.
قال بعضهم: يتعذر إدراكه قوله: (استحقاق) استفعال، وليس المراد به طلب تحقق الإذن في التصرف، ولم يعبر بالإذن؛ لأن الاستحقاق أدل على ثبوت التصرف، ولأن الطلب لا يستدعي حصول المطلوب والمقصد اللازم المساوي للملك، وهو الجنس المقيد، وهو عرضي عند الحكماء؛ لأن الملك من مقولة العرض.
(فإن قلت): الملك الشرعي أمر تقديري فهو معنى شرعي وصفة فهلا قال: صفة حكميَّة، كما قال في القضاء وغيره توجب لموصوفها استحقاق التصرف أو جواز التصرف.
قُلتُ: لعله لاحظ في الملك معنى الإضافة المتعلقة بين أمرين فلذا لم يصير ذلك مثل الطهارة، والله أعلم.
ولذا فسره بما يناسب الإضافة فاستحقاق التصرف كون الشخص أهلا للتصرف تصرف فعلا أم لا، وهو من الاختصاص قوله: (التصرف في الشيء) أخرج به استحقاق غير التصرف كاستحقاق العدالة والأمانة وغير ذلك مما لا يقع التصرف فيه، وقد وجد لبعض المشايخ على قوله: (استحقاق) ما نذكره.
قال لقائل: أن يقول استحقاق التصرف إنما هو ثمرة الملك لا نفسه؛ لأنه يصح أن يقال استحق فلان التصرف لأجل الملك، والسبب غير المسبب فالملك غير الاستحقاق.
(قُلتُ): وهذا الاعتراض قريب مما ذكروه على من حد الدلالة بالفهم.
قيل: عليه أن الدلالة غير الفهم لصحة قولنا فهمت المعنى لدلالة اللفظ عليه، ولقائل أن يمنع ذلك هنا، ويقول: إذا قلنا إن الملك هو الاستحقاق؛ فنمنع ذلك، وإنما يقال علة استحقاق التصرف هو سبب الملك كالشراء من مالك أو إقطاع أو غيره، ثم قال الشَّيخ: المذكور والأولى أن يقال على أصله صفة حكميَّة، وقد قدمنا ذلك وما فيه، والله الموفق.
(فإن قلت): استحقاق التصرف غير التصرف فالملك عند الشَّيخ هو الاستحقاق الذي هو كون

الشخص له أهليَّة في كمال التصرف، وإذا صح ذلك فقد قال الشَّيخ: وغيره من الموثقين إن الشاهد إذا شهد بالملك يشهد بطول الحيازة والحائز يفعل ما يفعله المالك من غير منازع له فالملك المشهود به ليس هو الاستحقاق المذكور، وإنما هو طول الحيازة مع التصرف.

(قُلتُ): هذا صحيح ولا بد من مسامحة في كلامهم، ويتأول ذلك على ما ذكر هنا، والله أعلم.

قوله: التصرف في الشيء أخرج به استحقاق غير التصرف كاستحقاق العدالة والأمانة، وغير ذلك مما لا يقع التصرف فيه.

قوله: (بكل أمر) أخرج به الاستحقاق ببعض الأمور، فإنه ليس بملك كمن استحق التصرف في المنافع في الشيء فلا ملك له في الشيء.

قوله: (جائز) أخرج به التصرف بغير الأمر الجائز، فإنه لا يجوز في الملك؛ لأن إتلاف المال وإضاعته من التصرف بالملك.

قوله: (بكل أمر يتعلق بالتصرف).

قوله: (فعلا) حال من التصرف.

قوله: (أو حكما) كذلك وأدخل في الأول الفعلي والثاني الحكمي، ولذا قال: فيدخل ملك الصبي؛ لأنه حكمي لا فعلي؛ لأنه يستحق ذلك حكما.

قوله: (لا بنيابة) أخرج تصرف الوكيل والوصي والمقدم.

(فإن قلت): ما معنى قوله: (حكما).

(قُلتُ): معناه أن الصبي لو قدر تصرفه بكل وجوه التصرفات الجائزة لما منعه مانع كمن تصرف فعلا بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك من أنواع التصرفات.

(فإن قلت): إذا شهد الشهود بثبوت ملك الصبي أو السفيه كيف يصح والشهادة بالملك أن تطول الحيازة، وهو يفعل ما يفعله المال،ك ولا منازع له.

قالوا: وإن لم تطل الحيازة فلا يشهدون له بالملك.

(قُلتُ): يشهدون بأن الدار في حوز السفيه مع طول المدة مع إمكان تصرفه فعلا، ولا ينازعه أحد في ذلك.

قال الشَّيخ: بعد وحصول العلم بالملك للشاهد نظري حسبما نص عليه سَحنون يعني أنه يتوصل إليه بطول حيازة مع التصرف المذكور أو يشهدوا بالغنيمة من دار الحرب أو غير ذلك، وتقدم في الاستحقاق كلام يناسبه تأمله مع ما هنا، وتأمل ما ذكر الشَّيخ هنا في أن الشهادة بالملك لا بد أن الشاهد يزيد فيها أنه لا يعلم الخروج على الملك، وما وجه به ذلك من أن العلم بمتعلق الشهادة بالملك نظري لا ضروري، وخالف ذلك الشهادة بالعدم والعدالة، وكان يمضي لنا فيه تأمل انظره، ونقل الشَّيخ هنا عن سَحنون: أن من اشترى سلعة من سوق فلا يشهد بأنها ملك له، وهذا جار على

فيدخل ملك الصبي ونحوه لاستحقاقهما ذلك حكمًا، ويخرج تصرف الوصي والوكيل وذو الإمرة، وتقدم قول بعضهم بعسر إدراكه، وتعذره فيذكر.

اللخمي: قال سَحنون: من حضر رجلًا اشترى سلعة من السوق، فلا يشهد أنها ملكه، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه، وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك، وقد يبيعها من لا يملكها، والشهادة بالملك أن تطول الحيازة، وهو يفعل ما يفعل المالك لا منازع له، وسواء حضروا بدء دخولها في يديه أم لا، وإن لم تطل الحيازة لم يثبت الملك إلا أن يشهدوا أنه غنمها من دار الحرب وشبهه. انتهى.

قوله: وإلى هذا ذهب أشهب أن لا يثبت الملك بمجرد ولادة الأم إلا أن تطول الحيازة؛ لأنه لو كانت المنازعة في الأم؛ فشهدت بينة أحدهما بملكه إياها، وللآخر بينة أنها كانت في يده يومًا أو يومين ترجح الملك، وهذا يحسن في عدم التاريخ، فإن علم أن يد هذا تقدمت، ثم ملكها الآخر، ردت لمن تقدمت يده.

وقال ابن القاسم: من شهد له شاهد في مسكن أنه ملكه، وآخر أنه حيزه فملكه وحيزه سواء؛ يريد: في حيزه إذا طال.

أن الشراء لا يدل على الملك، وإنما يدل على الحيازة، وهو المعروف من المذهب، ولذا قالوا: لو أقام رجل بينة أن هذه الأرض ملك له، وأقام آخر أنه اشتراها من سوق المسلمين كانت لذي الملك، وهذا كله صحيح، وتقدم للشيخ في الأقضية ما ذكرناه، وما أقامه من المدَوَّنة من أن اشتراء يدل على الملك، وتقدم البحث فيه فراجعه.

(فإن قلت): قال في حريم البئر من المدَوَّنة في مسائل الإحياء: إن من ملك أرضا بخطة أو شراء فالشراء ظاهره يقع الملك به.

(قُلتُ): الجواب عن ذلك أنا لا نقول بأن الشراء لا يدل على ملك مطلقًا؛ لأن هذه الكليَّة لا يصح صدقها على المذهب بل إن ثبت أن المشترى منه له ملك، فإن الشراء يدل على الملك، ولذا قال سَحنون فيمن اشترى من دار الحرب يشهد له بالملك، ومن اشترى من سوق فلا يدل على ملك؛ لأنه قد يبيعها من لا يملكها، وإذا صح ذلك فمعنى قوله: بخطة بإقطاع من الإمام أو شراء من الإمام فيما ثبت ملكه للمسلمين، فليس في المدَوَّنة ما يدل على خلاف ما ذكرناه عن المذهب، وما أصلناه عن سَحنون: والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

وفي لغو شهادة الشاهد في دار بأنها في ملك فلان حتى يقول: ومال من ماله، وقبولها مطلقًا، ثالثها: إن كان الشهود لهم نباهة ويقظة لابن سهل عن ابن ملك قائلا: شاهدت القضاء به، وأبي المُطَرِّف وابن عتاب، ونقل الصقلي عنها: قال مالك: من ادعى عينًا قائمة من رقيق أو طعام أو عرض أو ناض أو غير ذلك، وأتى ببينة على ملكه ذلك، فمن تمام شهادتهم أن يقولوا: وما علمناه باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه، ونحوه لأبي سعيد، والذي في المدَوَّنة ما نصه: سمعت مالكًا غير مرة يقول في الذي يدعي العبد أو الثوب، ويقيم بينة أنه شيئه لا يعلمه باع، ولا وهب، فإذا شهدوا بهذا استوجب ما ادعاه.

وسمع ابن القاسم في كتاب الاستحقاق إذا شهدوا في السرقة قال: يشهدون أنهم ما علموه باع، ولا وهب على العلم.

ابن رُشْد: معناه يزيدون ذلك في شهادتهم على معرفة الملك بالبت، وهذه الزيادة هي كمال الشهادة، وينبغي للقاضي أن يسأل الشاهد عن ذلك؛ فإن لم يزده ذلك في شهادته بطلت، ولم يحكم بها، وإن لم يسأله القاضي حتى مات الشهود أو غابوا؛ حكم بشهادتهم مع يمين الطالب؛ إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك إلا مع غلبة ظنه أنه ما باع، ولا وهب فهي محمولة على الصحة.

قُلتُ: ووقعت في نوازل عيسى، ولم يزد فيها زيادة.

ولما ذكر الصقلي قولها في كتاب الشهادات قال: وقال أشهب مثله: إن لم يقدر على كشف البينة، وإن وجدوا سئلوا.

قال ابن القاسم: فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق، فشهادتهم باطلة.

وفي العارية منها: فإن شهدوا، ولم يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق حلف على البت كما ذكرنا ويقضى له.

قُلتُ: ظاهر قول الصقلي وابن رُشْد: (أن زيادة البينة لا يعلمون أنه باع ...إلخ)، إنما هي كمال في الشهادة لا شرط، وهو نص قولها في العارية، وكان ابن هارون، وابن

عبد السلام من شُيُوخنا يحملون المدَوَّنة على قولين في كونها شرط إجزاء أو شرط كمال لقولها في الشهادات والعارية، وهو ظاهر نقل ابن عات في الطرر عن ابن سهل، والأظهر عدم حملها على الخلاف، وأن ما في العارية تفسير.

قال عياض في كتاب العارية: قوله: (إذا شهدوا على البت أنه ما باع ولا وهب على البت) هي غموس، وشهدوا بباطل وزور.

قالوا: معناه أنه كذب وباطل إذا شهدوا على ما لم يحققوه من علم الغيب؛ لا أن حكمهم حكم شاهد زور؛ ثم اختلف هل هي عاملة أم لا؟ لأن لفظها مشكل في الكتاب.

وقال في كتاب الشهادات: قوله: شهادتهم زور، ثم قال: وأرى أن يحلف الإمام الذي شهدوا له أنه ما باع ولا وهب، ولا أخرجه من يده بشيء مما يخرج به من ملكه.

قال بعضهم: انظر أطلق عليها باطل وغموس، ثم جعله يحلف معها فلم يبطلها.

فتأول بعضهم: أنها عند مالك مع قوله: هذا ماضية، يحكم بها، ونحى إليه ابن لبابة، وقال ابن أبي زَمَنَيْن: هو بعيد، وقال بعضهم: في المسألة تقديم وتأخير، وقوله: (أرى أن يحلفه الإمام) راجع للمسألة الأولى في الشهادة الصحيحة، ونحى إليه ابن أبي زَمَنَيْن.

وقال بعضهم: لا يرد القاضي شهادتهم حتى يسألهم أيشهدون على البت أو على العلم؟

فإن أثبتوها سقطت شهادتهم، وإن ماتوا قبل كشفهم حكم بها، وقال بعضهم: إنما زور، فيها شهادة أهل العلم بما يلزم في ذلك، وأما الجهال فلا، ويعذرون في ذلك، ونحوه لأبي محمد وأبي عمران، ولا يختلف أنه لا يلزمهم ما يلزم شاهد الزور من العقوبة.

قُلتُ: لما كانت الشهادة أحد أنواع العلم، والعلم ضروري، ونظري استبان لمن تأمل أن حصول العلم للشاهد بالملك إنما هو نظري حسبما تقدم في تفسير سَحنون حقيقة الملك، والعلوم النظريَّة معروضة للتحول عنها، فلزم من ذلك تكليف الشاهد

بتلك الزيادة في شهادته بالملك، وسائر متعلقات الشهادة غير الشهادة بالعدالة، والعدم من المدين هي من العلوم الضروريَّة أو القريبة منها فلم يحتج فيها لتلك الزيادة، وشرط الشهادة بالعدالة، والعدم نص إضافتهما إلى حال أدائها.

فقول ابن رُشْد: لو شهدت بينة بملكه بالأمس، ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا إنه لم يخرج من ملكه في علمهم، ولو شهدت أنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار، ويستصحب موجبه كما لو قال المدعى عليه: هو ملكه بالأمس، وكما لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، واشتراه من المدعى عليه بالأمس لم يأخذه بذلك، ولو شهدوا أنه انتزعه منه أو غصبه أو غلبه عليه كانت الشهادة جائزة، ويجعل المدعي صاحب اليد.

قُلتُ: أعيان هذه المسائل لا أعرفها نصًّا لغيره من أهل المذهب إلا لمن تبعه كابن الحاجب.

وفي الوجيز للغزالي: لو شهدوا بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار، وإن لم يتعرض الشاهد للملك في الحال، ولو قال المدعى عليه: كان مالكًا بالأمس فالظاهر أنه ينزع من يده؛ لأنه يخبر عن تحقيق فيستصحب بخلاف الشاهد، فإنه يخبر عن تخمين، ولو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه بالأمس، أو أقر له المدعى عليه بالأمس سمعت في الحال؛ لأنه استند إلى تحقيق، ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعي بالأمس قبل، وجعل المدعي صاحب يد.

ابن شاس: لو شهدت بينة أحدهما بالملك، وبينة الآخر بالحوز قضي ببينة الملك، ولو كان تاريخ الحوز متقدمًا.

قُلتُ: قد تقدم هذا الفرع لأشهب.

اللخمي: من أقام بينة في ثوب بيد رجل أنه رهنه عنده، وأقام الآخر بينة أنه اشتراه منه، فقال ابن القاسم: هو لمدعي الشراء إلا أن يقيم الآخر بينة بأن الرهن كان بعد الشراء.

سَحنون: وقال بعض أصحابنا: يقضى بأعدلها، وكذا لو لم تقم بينة الراهن مصدق مع يمينه؛ لأن المرتهن أقر له بالملك، وادعى الشراء.

وقوله: (في عدم البينة) صحيح، ومع بينة لكل منهما قول ابن القاسم أحسن؛ لأنا لا نحمل البينتين على التكاذب مع إمكان صدقهما فقد اتفقا على ملك القائم، وكان بيده البيع والرهن، فيمكن أن يكون رهن ثم باع، فتصح الشهادتان إلا أن تكون الشهادتان عن مجلس واحد ولفظ واحد فيقضى بالأعدل، فإن تكافأت في العدالة قضي بالرهن؛ لأن البينتين تسقطان، ويبقى إقراره.

وقال مُطَرِّف: إن شهدت للقائم على الحائز أنه غصبه، وشهد للحائز بالشراء منه قضي ببينة الشراء؛ لأنه إن تقدم الغصب بطل حكمه بما وقع بعده من شراء، وإن تقدم الشراء كان قد غصب ملكه.

قال ابن الحاجب: وتقدم الناقلة على المستصحبة.

قلتُ: هو قولها في الشهادات من المدَوَّنة وغيرها.

من قدم وادعى دارًا بيد غيره، وثبت الأصل له أو لأبيه.

وفي شهاداتها وولائها: قال ابن القاسم: من مات وترك ولدين مسلمًا ونصرانيًّا كلاهما يدعي أن الأب مات على دينه، وأقاما بذلك بينة مسلمين، وتكافأت في العدالة أو لم تكن لهما بينة، فالميراث بينهما نصفين، وإن كان المسلم صلى على أبيه، ودفنه في مقابر المسلمين فليس الصلاة بشهادة، ولو لم يأتيا ببينة، وكان يعرف بالنصرانيَّة فالنصراني أحق بإرثه حتى يقيم المسلم بينة على ما ذكر.

وقال غيره: إن تكافأت البينتان قضي بالمال للمسلم بعد حلفه؛ لأن بينة المسلم زادت حين زعمت أنه مسلم.

قال اللخمي في كتاب الولاء: إن تداعيا ذلك، ولا بينة حلفا، والإرث بينهما نصفين، وإن أقر المسلم أنه كان نصرانيًّا ثم أسلم، حلف النصراني أنه لم يزل على دينه، واختص بالإرث إلا أن يصلي عليه المسلمون، ويدفن عندهم بحضرته ولا ينكر، فيسأل عن عذره في ذلك، وإن أقر النصراني أنه كان مسلما، ثم مات على النصرانيَّة اختص المسلم بإرثه دون يمين؛ لأنه على قوله: مرتد، فهو مدع لغيره فلا يقبل قوله؛ لأنه غير عدل هذا إن قال: أسلم بعد أن كبرت، وإن قال: وأنا صغير كان النظر في

بقائه على الكفر؛ وإن لم يعلم أصله.

ففيها لابن القاسم: ليس صلاة المسلمين عليه بشهادة، وقال الأخوان وأَصْبَغ: إن كان ذلك بحضرة النصارى قطع دعوى النصراني؛ وهو أبين، إلا أن يعلم للنصراني عذر، وهو أبين، ولو صلى عليه النصارى ودفنوه عندهم بحضرة المسلم اختص النصراني بإرثه.

قُلتُ: للشيخ عن الأخوين في الواضحة: إن دفن في مقابر المسلمين فليس بحجة على الآخر إلا أن يكون حاضرًا لا ينكر، فذلك يقطع حجته.

اللخمي: وإن أقام كل واحد بينة على دعواه، فإن كانت بأنه لم يزل على ذلك إلى موته، ولا يعرفونه انتقل عنه كان تكاذبا، وقضي بأعدلها، فإن تكافأتا كان الإرث بينهما، وكذا إن كانت البينتان على ما مات عليه، ولا علم عندهما بما كان عليه، وإن كان معروفًا بأحد الدينين أو أقر بذلك الولدان، ففي كون ذلك تكاذبا، والقضاء بالبينة التي نقلته عن الحالة الأولى؛ لأنها زادت حكما قولان، وعلى الثانية إن كانت الحالة الأولى كفرًا فالإرث للمسلم، وفي العكس لبيت مال المسلمين، وإن قالت إحدى البينتين: لم يزل يعرف على كذا، ولم ندر ما مات عليه، وشهدت الأخرى بما مات عليه، ولم تدر حاله؛ قيل: يقضى بالأخيرة إن كانت بإسلامه ورثه المسلم، وفي عكسه بيت المال.

الصقلي: قال بعض فقهائنا: لو شهدت إحداهما بأنا رأيناه يصلي بالمسجد، والأخرى بأنا رأيناه يؤدي الجزية، ولم يؤرخا قضي بالإرث للمسلم؛ لأنه يمكن أن يكون كافرًا فأسلم، ويحتمل أن يكون له نصفه ونصفه للمسلمين؛ لأن الإرث يكون له تارة، وتارة للمسلمين.

اللخمي: قال أَصْبَغ: فلو كان معهما أخ صغير فكلاهما مقر له بالنصف فله النصف كاملًا، ويجبر على الإسلام، والنصف لهما بعد أيمانها.

سَحنون: فإن مات الصبي قبل البلوغ حلفا وقسما ماله.

اللخمي: أصل قولهم أن يكون المال بينهم أثلاثا، فإن خلف الميت ستين دينارًا كان لكل من الأولاد عشرون؛ لأن المسلم يقول: المال بيني وبين الصغير نصفين،

والنصراني غاصب لنا، والغصب علي وعليه على قدر أنصبائنا، وذلك يؤدي إلى تساويهم فيه.

وفي كتاب ابن سَحنون: يحلفان، ويوقف ثلث ما بيد كل منهما حتى يكبر الصبي فيدعي مثل دعواهما؛ فيأخذ ما وقف له من سهمه، ويرد إلى الآخر ما وقف من سهمه، فإن مات قبل أن يبلغ حلفا واقتسما ميراثه، فإن مات أحدهما قبل بلوغه، وله ورثة يعرفون؛ فهم أحق بميراثه ولا يرد، فإذا كبر فادعاه كان له.

قلتُ: قول سَحنون: فيأخذ ما وقف له من سهمه، ويرد إلى الآخر ما وقف له من سهمه، فإن مات قبل أن يبلغ حلفا وقسما ميراثه، وإن مات أحدهما قبل بلوغه وله ورثة يعرفون؛ فهم أحق بميراثه ولا ترد، فإذا كبر فادعاه كان له؛ خلاف قوله المتمم قول أَصْبَغ؛ فتأمله.

ابن شاس: ولو كان عوض الابنين جماعة، واختلفت الدعوى بينهم فعلى القول بالقسم يقسم المال بينهم نصفين، وإن تفاوتت أعدادهم.

وفي الموازيَّة: وظاهره عن كتاب ابن ميسر: إن ترك ولدين مسلمين، وولدين نصرانيين كافرين يدعي أن الأب مات على دينه قسم الإرث بينهم أرباعا بعد أيمانهم، فإن نَكَل فريق اختص الفريق الحالف بالإرث، ولو رجع أحد المسلمين أو أحد النصرانيين قسم الراجع مسلم للطائفة الأخرى، وقول ابن الحاجب: إن كان مع الولدين طفل.

فقال سَحنون: يحلفان ويوقف ثلث ما بأيديهما، فإذا كبر فمن ادعى دعواه شاركه ورد الآخر ظاهره أنه يأخذ نصف تركته، وهو وهمٌ إنما يأخذ الثلث الذي وقف له كذا نقله المازري، وابن محرز، والشَّيخ، وغير واحد، وابن شاس.

[باب الدعوى]

الدعوى: هو قول بحيث لو سلم أوجب لقائله حقًّا[1].

(1) قال الرَّصاع: الدعوى: هي العرفيَّة في استعمال أصحاب الأحكام مما ينطق به المدعي؛ لأن الدعوى قد تكون غير مسلمة لكنها بحيث إذا سلمت أوجبت حقا.
قوله: (قول) أتى بالقول، ولم يذكر الخبر كما تقدم في الشهادة؛ لأن القول هو الغالب في استعمال الفقهاء في الأحكام لقولهم تقييد مقالة، وقول المدعي والجواب عن قوله فناسب ذلك هنا.
قوله: (هو بحيث) الحيثيَّة المذكورة فائدة التقييد بها مثل ما قدمه في الشهادة؛ لأن القصد أن القول موصوف بتلك الحيثيَّة في حالة إنكار المدعى عليه، وأفاد أن القول المذكور إنما تصدق عليه الدعوى مع اتصافه بالحيثيَّة المذكورة، ويلزم من ذلك إذا أوجب حقًا لقائله أن لا يسمى دعوى؛ لأنه إذا أوجب حقًا لقائله فقد ثبتت صحته بتمام البينة أو الاعتراف به، فإذا قال لي: عليك عشرة دنانير من غير إثبات كما يجب فهو دعوى لاتصاف القول بالحيثيَّة المذكورة، وإذا سلم ذلك فلا يسمى دعوى، ويسمى حقًا ثابتًا، وهذا موافق معنى لما أشار إليه أرباب المعقول في الخبر، وأن له حالات يتصف بها فيقال فيه نتيجة بعد البرهان عليه، ويقال فيه دعوى قبل ذلك، وتأمل ما وقع لهم من البحث في رسم الدلالة في قولهم هي كون اللفظ بحيث إذا أطلق دل والله سبحانه الموفق.
قوله: (لو سلم) معناه لو قدر تسليم القول من المدعى عليه والشرط والجواب صفة للقول، وأخرج بذلك أنه لو قدر أن تسليمه لا يوجب حقًا لقائله فلا يسمى دعوى شرعيَّة، ولا يلزم الخصم الجواب عن ذلك؛ لأن الدعوى العرفيَّة يلزم الحاكم إلزام الجواب فيها، وإن لم يجب حكم عليه، ولقائله يتعلق بالحق.
ويخرج بذلك قوله: (أنت زان)، وما شابهه، فإنه لو سلم لا يوجب له حقًا هذا مقتضى كلام الشَّيخ، وينظر هذا في كتب الفقهاء هل يسمى دعوى أم لا؟.
(فإن قلت): بل يوجب حقًا له، وهو إسقاط الحد عنه.
(قُلتُ): المراد بالحق ما يطلبه المدعي من المدعى عليه، والحق هنا أعم من المال أو غيره، وتأمل هل يرد عليه إذا سلم ذلك القول غير المدعى عليه هل تصدق الدعوى عليه، ويكون غير مانع أو لا يلزم ذلك؛ لأن التسليم يستلزم أن يكون من المنازع، وهو من ادعى عليه لا من غيره، وهو الظاهر، والله أعلم.
قوله: (لقائله) أخرج بذلك إذا أوجب القول حقًا على قائله إذا سلمه المقول له كما إذا قال لرجل له: عندي دينار، فهذا قول على تقدير تسليمه أوجب حقًا على قائله، وذلك من الإقرار فأخرج ذلك من

ابن شاس والمازري: من غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة أو سوء عاقبة، بأن يعد سارقًا أو نحو ذلك جاز له أخذه، ولم يلزمه الرفع إلى الحاكم، وأما العقوبة فلابد من الحاكم، وقولهم: (جاز) يقتضي عدم استحبابه، ويتخرج استحبابه مما يأتي أحرويًا من قول ابن الماجِشُون.

وقال اللخمي: قال محمد في الإقرار الأول: من غصب مني شيئًا، ثم خفي لي أخذه بعينه فأخذه جائز.

قلتُ: فيجب تقييده بما تقدم، ومن قدر على أخذ حقه المالي ممن هو له عليه ففيه طرق.

ابن رُشْد في المقدمات: من أودع رجلًا وديعة فجحده إياها، ثم إنه استودعه وديعة أو ائتمنه على شيء.

فروى ابن القاسم في المدَوَّنة: لا يجحده، وروى أشهب: لا آمره بذلك، وإن أردت فعله فأنت أعلم.

وروى ابن وَهْب: له أخذه إن لم يكن عليه دين، فإن كان بقدر حصاصه منه.

هذا الرسم بقوله لقائله.

(فإن قلت): إذا قال رجل: لا إله إلا الله، فهذا قول لو سلمه السامع من رجل كما إذا دخل الإسلام به، فإنه يوجب حقًا لقائله، وهو عصمة دمه وماله، فيصدق على ذلك دعوى، وليس ذلك من الدعوى العرفيَّة بوجه.

(قُلتُ): قد تقدم الجواب عن نظير هذا السؤال، وأن المراد بالحق ما يطلبه المدعي من منازعة، ونقول إن عصمة دمه إنما ثبتت بمجرد قوله: (لا إله إلا الله) لا بالتسليم، ولا بد من التخصيص في الدعوى المحدودة في الحد بالسياق، وأن المراد الدعوى التي يلزم المدعى عليه الجواب عنها، وهذه الصورة ليست من ذلك، وقد قسموا الدعوى إلى ثمانية أقسام: منها ما لا يسمعه الحاكم، ولا يلزم المدعي بسببها شيء، ومنها ما لا يسمعه الحاكم، ويلزم به الأدب، والأول إذا كذبه العرف، وكذلك ما أبطل قواعد الشرع كدعوى المحكوم عليه أن الشهود كذبوا، ويطلب يمينهم، وأن القاضي جار عليه فيحلفه، وما يلزم فيه الأدب كالدعوى على أهل الصلاح ما لا يليق بهم إلى غير ذلك، والله الموفق للصواب.

زاد ابن نافع عنه: إن أمن أن يحلف كاذبًا؛ يريد: إن قبل منه أن يحلف ما له عندي حق على سماع أَصْبَغ في النذور، وقال ابن شعبان: تقبل يمينه ما له عنده وديعة، ولا غيرها بخلاف الحقوق الثابتة في الذمة، فما لا يلزم ذمته يحلف على أقل ما يبرئه من فروعه.

وقال ابن عبد الحَكم: له أن يأخذ وإن كان عليه دين، وقال ابن الماجِشُون: أرى له استعمال الحيلة بما يقدر عليه حتى يأخذ حقه، ففي المسألة أربعة أقوال: المنع والكراهة والإباحة، والاستحباب كان عليه دين أم لا.

وقيل: إنما هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان لم يأخذ إلا قدر الحصاص، وهو قول خامس، والأظهر من الأقوال الإباحة.

اللخمي: إن كان عليه غرماء عالمين بفلسه أو شاكين، وتركوه يبيع ويشتري جاز له حبس جميعها، وإن كان ظاهره عندهم اليسر، ولو علموا ضربوا على يديه جاز له أخذ ما لا يشك أنه يصير له في المحاصة، وإن كانت الوديعة عرضًا جاز أن يبيعها، ويحسب الثمن مما له عليه، واختلف إن كان يحلفه هل يجحدها؟

فقال مالك: إنما له ذلك إن أمن أن يحلفه كاذبًا، واختلف في صفة اليمين.

قيل: يحلف ما أودعتني شيئًا ينوي يلزمني رده، وقيل: ينوي والأولى مثله أو يحرك به لسانه وكل واسع.

ابن الحاجب: وأما من قدر على غيره، فثالثها: إن كان من جنسه جاز، وهذه طريقة ابن شاس، والقول الثالث ذكره رواية.

وذكره المازري قولا غير معزو لمعين وقال: ظاهر المذهب أن لا فرق بين جنس ماله وغيره.

[باب المدعي والمدعى عليه]

المدعي: من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة.

المدعى عليه: من اقترنت دعواه به(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (من عريت دعواه) معناه أن لا يكون معها ما يشهد لها عرفا، وهو المرجح لها كما إذا قال: في ذمته عشرة دنانير؛ فهذه دعوى لا شاهد لها عرفا على المدعى عليه.
قوله: (غير شهادة) صفة للمرجح، وأشار إلى أن المرجح إذا كان شهادة لا يخرج المدعي عن معناه لقوله ﷺ «البينة على المدعي»، ولولا هذه الزيادة لورد عليه ما ورد على ابن الحاجب في عدم العكس.
قوله: (والمدعى عليه... إلخ) معناه الذي اقترنت دعواه بمرجح غير شهادة هذا معناه؛ لأن الضمير من قوله به يعود على المرجح المذكور بصفته كمن ادعى رد وديعة كانت بغير إشهاد؛ لأن العرف صحح قوله في ردها، ودعواه ذلك لم يخالف به أصلا.
(فإن قلت): إذا قال رجل: لي في ذمة فلان عشرة دنانير فلا شك أنه مدع؛ لأن قوله قد تجرد عن المرجح له فيصدق رسمه عليه، وأما فلان فإنه إذا أنكر هذه الدعوى كيف يصدق الرسم عليه.
(قُلتُ): قد اقترن به مرجح فصح صدقه عليه؛ لأن معه ذلك، وهو استصحاب الحال في براءة ذمته بقي أن يقال إن ترجح قوله بشهادة تشهد للمطلوب، كما إذا أقام بينة تشهد للمدعى عليه ببراءة ذمته، فظاهره أنه لا يصدق عليه مدعى عليه؛ فتأمله، والله أعلم إلا أن يقال ضمير به يعود على المرجح لا بصفته فحينئذ تدخل هذه الصورة، ومسائل الدعوى والمدعي والمدعى عليه عليها ينبني حكم القضاء، والله سبحانه الموفق، ثم قال: قول ابن الحاجب من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي، ومعه بينة قال: ونحوه لابن شاس.
(فإن قلت): لقائل أن يقول إن الشهادة إذا ثبتت لا يقال في القائم بها مدع؛ لأنه لم يتجرد قوله عن مصدق، وما أشرتم إليه من الحديث لا يرد كما قلناه، لأنه إنما سماه مدع قبل قيام البينة، ونحن نقول به ولا يتم الاستدلال بالحديث إلا لو سماه مدعيا مع قيام البينة سلمنا ذلك، ولنا أن نقول تسميته مدعيا بعد القيام بها من تسمية الشيء بما كان عليه.
(قُلتُ): هذا مما يمكن البحث به، وينفصل ابن الحاجب به عن الاعتراض عليه، ونقل ابن رُشْد في مقدماته عن سعيد بن المسيب أنه قال: المدعي من قال: قد كان، والمدعى عليه من قال: لم يكن، ومن عرفهما لم يلتبس عليه الحكم.
قال ابن رُشْد: ليس قوله هذا على عمومه في كل موضع إنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله:

فقول ابن الحاجب: المدعي من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي، ومعه بينة، ونحوه لابن شاس.

وفي كتاب الرواحل من المقدمات عن سعيد ابن المسيب المدعي من قال: قد كان والمدعى عليه من قال: لم يكن ومن عرفهما لم يلتبس عليه الحكم.

ابن رُشْد: ليس قوله على عمومه في كل موضع إنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على صدق دعواه؛ فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل: لم يكن بدئ عليه باليمين كمن حاز شيئًا عن غيره مدة الحيازة في وجه مدعي الشراء قبل قوله مع يمينه، وهو يقول: قد كان، والمدعى عليه يقول: لم يكن، وكذا المودع يدعي رد الوديعة، القول قوله، وهو يقول: قد كان والمودع يقول: لم يكن، وقول ابن الحاجب: فلذلك كان مدعي رد الوديعة مقبولًا لائتمانه، ومدعي حريَّة الأصل صغيرًا أو كبيرًا ما لم يثبت عليه حوز الملك بخلاف مدعي العتق هو قولها في الوديعة، وفي عتقها الثاني، ومن حاز صغيرًا حيازة الملك، وعرفت حيازته له وخدمته إياه، ثم كبر فادعى الحريَّة فلا قول له، وكذا إن ادعى الحريَّة في صغره، وإن كان إنما هو متعلق به، ولم يعلم له فيه حوز فللصبي مصدق، وفي غير موضع منها لغو دعوى العبد على سيده أنه أعتقه.

ابن شاس: والدعوى المسموعة هي الصحيحة، وهي أن تكون معلومة =

قد كان من سبب يدل على صدق دعواه، فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل: لم يكن بدي عليه باليمين كمن حاز شيئًا على غيره مدة الحيازة في وجه يدعي الشراء قبل قوله: مع يمينه، وهو يقول: قد كان، والمدعى عليه يقول: لم يكن، والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

(فإن قلت): قال القرافي: في الفرق بين المدعي، والمدعى عليه المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف فهل يرجع إلى قول ابن الحاجب أو إلى كلام الشَّيخ في رسمه.

(قُلتُ): يظهر أنه يرجع إلى كلام الشَّيخ، ورسمه أخصر منه، وأمنع لزيادة قوله غير شهادة، ولو قال لا بشهادة لكان أخصر، والله سبحانه الموفق، وهو أعلم.

صحيحة؟

فلو قال: لي عليه شيء لم تقبل دعواه.

قُلتُ: هو نقل الشَّيخ عن المجموعة عن عبد الملك قال: إذا لم يبين المدعي دعواه ما هي وكم هي لم يسأل المدعى عليه عن دعواه حتى يبينه الطالب في طلبه، فيسأل حينئذ المطلوب عن دعواه، ونقله المازري عن المذهب وقال: وعندي لو قال الطالب: أتيقن عمارة ذمة المطلوب بشيء أجهل مبلغه، وأريد جوابه بذكره مفصلًا أو إنكاره جملة لزمه الجواب.

ابن شاس: وكذا لو قال: أظن أنه لي عليك فاختصره ابن الحاجب بقوله: وشرط المدعي أن يكون معلومًا محققًا، فقبله ابن عبد السلام، وابن هارون ولم يذكرا فيه خلافًا.

وفي رسم الطلاق من سماع القرينين: من دخل بزوجته، ثم مات فطلبت صداقها حلف الورثة ما يعلم بقي عليه صداق.

ابن رُشْد: أوجب اليمين عليهم، وإن لم تدع ذلك عليهم خلاف ما في النكاح الثاني من المدَوَّنة، وما في الغرر منها في التداعي في وقت موت الجارية المبيعة على الصفة، فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة أنها لم تقبض صداقها، وتستوجبه لا على أن الورثة علموا أنها لم تقبضه، فهذه اليمين ترجع على غير ما نَكَل عليه الورثة، ولها نظائر كثيرة.

قُلتُ: ويختلف في توجه هذه اليمين إذا لم تحقق المرأة ذلك على الورثة؛ لأنها يمين تهمة، ولا يختلف في رجوعها على المرأة بمعرفتها بما يحلف عليه كما يختلف في رجوع يمين التهمة.

وقول ابن الحاجب: ولا يحلف مع البينة إلا أن يدعي عليه طرو ما يبرئه من إبراء أو بيع؛ هو قولها في اللقطة وغيرها، ولا يستحلف طالب الحق مع شاهديه؛ يريد: غير يمين الاستحقاق في غير الربع على المشهور، وأسقطها ابن كنانة مطلقًا؛ قاله في الطرر، وفي الربع قولان.

ولظاهر عموم قولها: قال ابن دحون في سماع ابن كنانة: من شهدت له بينة بموت موروثه، وأنهم لا يعلمون له وارثا غيره، فإنه يستحلف مع بينته بذلك.

قُلتُ: يستحلف حرف سوء لا خلاف أنه لا يحلف مع بينته.

ابن رُشْد قوله: (لا خلاف أنه لا يحلف) غير بين؛ لأنه لو ادعى أحد أنه وارثه، وادعى عليه علمه ذلك لزمته اليمين اتفاقًا، فصارت يمينه كيمين الاستحقاق.

وفي كون يمينه على البت أو على العلم نقله واختياره.

وسمع عيسى ابن القاسم: من طلب غريم موكله بدين له عليه بذكر حق فادعى الغريم أنه دفع نصف الحق لموكله، ولا بينة له لم ينفعه ذلك، وغرم جميع الحق، ولا يؤخر للقائه الغريم، فلو غرم، ثم قدم رب الحق فأقر بالقبض، والوكيل معدم أو موسر لم يرجع إلا على رب الحق.

ابن رُشْد: لم يفرق بين أن يكون الموكل قريبًا أو بعيدًا، وفرق ابن عبد الحَكم بين قربه وبعده، وهو عندي تفسير لهذه الرواية، ولقول أَصْبَغ في نوازله في كتاب البضائع: وقيل: لا يقضى للوكيل حتى يكتب إلى الموكل فيحلف، وإن كان بعيدًا على مسألة نوازل عيسى في يمين الاستحقاق.

وفرق بعض أهل النظر بين يمين الاستحقاق ويمين دعوى القضاء: وقيل: إن الوكيل يحلف على العلم، وحينئذ يقتضي، ومضى تحصيله في رسم العتق من سماع عيسى من الأقضية، وظاهر هذه الرواية، وما في نوازل أَصْبَغ: أنه ليس على الإمام أن يستحلف الموكل على قبض حقوقه الغائبة أنه ما قبض منها شيئًا، ويكتب له دون يمين خرج أو وكل خلاف ما في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: أنه يستحلف في الوجهين معًا ما اقتضى، ولا أحال ولا قبض، ثم يكتب له، وعلى ظاهر هذه الرواية جرى العمل.

وقيل: يستحلفه إذا وكل لا إذا خرج، وهو أولى الأقوال، ومعنى قوله: (لم يرجع إلا على رب الحق) معناه أنه لا يلزمه أن يرجع عليه، ويترك رب الحق بل له أن يرجع على من شاء منهما.

قُلتُ: قوله: (وفرق بعض أهل النظر) هو قوله في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: وفرق بعض المتأخرين بأن يمين الاستحقاق من تمام الشهادة، وهي يمين يوجبها الحكم واليمين في مسألة الدين ليست كذلك، وإنما تجب بدعوى الغريم القضاء، وذهب ابن أبي زيد إلى حمل المسألتين بعضهما على بعض، وهو بين من قول أَصْبَغ لحكاية ابن حبيب عنه أنه يقضى للوكيل في مسألة الاستحقاق في غيبة الموكل إن بعدت، فيتحصل ثلاثة أقوال: القضاء وعدمه، والثالث: الفرق بين مسألة الدين والاستحقاق، ورابعها: لابن كنانة أنه يحلف الوكيل.

وقاله ابن القاسم في المدنيَّة: وكل هذا في الغيبة البعيدة والقريبة لا يقضى له في المسألتين إلا بعد يمينه.

قال ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: فلو قال: أبرأني موكلك الغائب، فقال ابن القاسم: ينظر، وقال ابن كنانة: إن كان قريبًا كاليومين.

قلتُ: وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وهو خلاف ما تقدم من سماع عيسى، وظاهر ذكره ابن رُشْد مخرجًا على نوازل عيسى أنه غير منصوص مطلقًا.

قال ابن عبد السلام: ولقول ابن القاسم: ما استعمله المتأخرون من القضاة في تمكين الموكل من الحلف على عدم الإبراء، وما يزيدون معه من الفصول وتسامحوا فيها، وإن كانت يمينًا قبل توجهها، والأصل أن لا يمكن منها.

قلتُ: هذا يقتضي عدم نص المتقدمين هذه اليمين، وقد تقدم ثبوت ذلك في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية.

ابن هارون: من له ديون مؤجلة فأراد سفرًا، ووكل وكيلًا على اقتضائها فهل يمكن من حلف يمين الرغبة أم لا؟

مكنه من ذلك بعض قضاة الأندلسيين، ومنعه بعضهم.

قلتُ: الأظهر المنع لعدم حلولها فهي يمين غير مفيدة.

قال ابن رُشْد: ومن ادعى وقال: لي بينة قريبة، وطلب منه كفيلًا أخذ منه كفيل لنفسه ما بينه وبين خمسة أيام إلى الجمعة، وكذا إن قامت له البينة فله طلب الكفيل قبل

التعديل.

وقال ابن الحاجب: ومن استمهل لإقامة بينة أو لدفعها أمهل جمعة، ويقضي ويبقى على حجته.

قلتُ: هو مقتضى نقل الشَّيخ عن محمد: لو قال القاضي:ئ للخصم قبل الحكم: أبقيت لك حجة؟

فقال: نعم، وقد تبين للقاضي أن حجته نفدت، وأنه ملد فليضرب له أجلًا غير بعيد، فإن تبين لدده أنفذ عليه الحكم، ولو ادعى بينة بعيدة لم يمهل.

وفيها: من ادعى قبل رجل غصبًا أو دينًا أو استهلاكًا، فإن عرف بمخالطته في معاملة أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب نظر فيه الإمام، فإما أحلفه له أو أخذ له كفيلًا حتى يأتي بالبينة، وإن لم تعلم خلطته أو تهمته فيما ذكر لم يعرض له.

عياض: قال بعضهم: جعل له أخذ الكفيل، ولم يجعله له في كتاب الكفالة ولغيره هناك كما له هنا، وقال آخرون: ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى لقوله: (وأما الدين فإن كانت بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له) يدل أن الوجه الأول بخلافه.

عياض: يحتمل أن يكون الكفيل بمعنى الموكل به، وقول من قال: ألزمه الكفيل بمجرد الدعوى فغيربين، لقوله: إن كان يعرف بينهما خلطة في دين.

قال ابن الحاجب: وللمدعي طلب كفيل في الأمرين.

ابن عبد السلام: الأمران طلب المدعي إقامة بينة بحقه، وطلب المدعى عليه إقامة بينة يدفع بها بينة الطالب.

وقال ابن هارون: يحتمل أن يريد بالأمرين ادعاء المطلوب دفع بينة المدعي أو تجريحها.

قلتُ: لا يخفى بعده.

وسمع القرينان: من أقام بينة على استحقاقه منزلًا، فيسأل المدعى عليه أن يؤجل ليأتي ببينة له فيهاحجة، فأؤجله الشهرين والثلاثة، فلا يأتي بشيء، ويذكر غيبة شهوده أيضرب له أجل آخر؟

قال: أما المأمون الذي لا يتهم على المدعي باطلًا فيزيده، والملد الذي يرى أنه قصد إضرار خصمه فلا يمكنه من ذلك إلا بما تقارب شأنه ثم يقضى عليه.

ابن رُشْد: لأن ضرب الآجال مصروف لاجتهاد القضاة بحسب ما يظهر من حال المؤجل، والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يومًا، عشرة أيام، ثم عشرة، ثم يتلوم له بعشرة أو ثمانية، ثم ثمانية، ثم يتلوم له بأربعة عشر أو خمسة عشر، ثم ثمانية، ثم أربعة، ثم يتلوم له تتمة ثلاثين أو يضرب له أجلًا قاطعًا ثلاثين يومًا يدخل فيه التلوم، والآجال كل ذلك مضى من فعل القضاة هذا مع حضور بينته بالبلد، وإن كانت غائبة عن البلد بأكثر من ذلك على ما تضمنته هذه الرواية من اجتهاد الحاكم، وإن امتنع المدعى عليه من أن يقر أو ينكر.

فقال اللخمي: روى محمد: المدعى فيه أن يجبر على أن يقر أو ينكر.

محمد: فإن أبى حكمت عليه للمدعي دون يمين، وقال أَصْبَغ: يقال له: إن لم تخاصم أحلفت المدعي، وحكمت له عليك إن كانت الدعوى يستحق بها مع نُكُول المطلوب عن اليمين إذا أثبتت لطخا؛ لأن نكوله عن الكلام نُكُول عن اليمين، وإن كان مما لا يثبت إلا بالبينة دعاهم بها، ولا يسجنه حتى يتكلم، ولكن يسمع من صاحبه ويحمل الحكم عليه.

اللخمي: المدعي بالخيار بين أخذ ذلك بغير يمين على أنه متى عاد المدعى عليه للإنكار، والخصومة كان ذلك له، وبين أن يحلف الآن ويحكم له به ملكًا بعد إعلام المدعى عليه إن لم يقر أو ينكر حكم عليه كالناكل، ولا ينقض له الحكم بعد ذلك إن أتى بحجة؛ ولكن إن أتى ببينة لم يكن علم بها كما لا ينقض حكم من خاصم بالاحتجاج، وينقض بالبينات وبين أن يسجن له حتى يقر أو ينكر؛ لأنه يقول: هو يعلم أن حقي حق، وقد يقر إذا سجن فلا أحلف، وهذا كقولهم في الشفيع: يكتمه المشتري الثمن؛ فاختلف هل يسجن له الآن حتى يقر أو يقال له: خذ ولا وزن عليك حتى يثبت الثمن، هذا إن كانت الدعوى في معين، دار أو عبد، وإن كانت في شيء في

الذمة وأقام لطخا فكذلك، وإن لم يقم لطخا لم تسمع دعواه.

وإن ادعت الزوجة الطلاق فلم يقر الزوج، ولم ينكر يسجن حتى يقر أو ينكر، وحيل بينه وبينها، وتطلق عليه إن طال الأمر لحقها في الوطء، وإن ادعت عليه النكاح سجن حتى يقر أو ينكر، ولو ادعى عليها نكاحًا فلم يقر، ولم تنكر حيل بينها وبين الأزواج حتى تقر أو تنكر، وكذا السيد يدعي عليه العبد العتق، فإنه يسجن حتى يقر أو ينكر.

الشَّيخ في المجموعة عن أشهب: إن سأل المدعى عليه طالبه من أي وجه يدعي عليه هذا المال فقد تقدمت بيني وبينه مخالطة فسئل عن ذلك، ولم يقض القاضي بشيء على المدعى عليه حتى يسمي المدعي السبب الذي كان له به الحق أو يقول: لا أعلم وجهه، ولا أذكره، فلا يكون عليه في ذلك يمين أنه لا يذكره، وسأله البينة على دعواه، ومثله في كتاب ابن سَحنون، وزاد: إن أبى الطالب أن يخبر بالسبب، فإن قال: لأني لا أذكر وجه ذلك قبل منه، وإن لم يقل ذلك فلا يقضى له بشيء حتى يذكر سبب دعواه أو يقول لا أذكر سببه، ولا يمين عليه أنه لا يذكر سببه، ويسأله البينة على دعواه، ونقله الباجي بلفظ: إن أبى الطالب أن يبن سبب دعواه، وادعى نسيانه قبل منه بغير يمين، وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر.

قال الباجي: القياس عندي أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر ما يدعيه، إذ لعله بذكر السبب يجد مخرجًا؛ وإن امتنع من ذكر السبب من غير نسيان لم يسأل المطلوب عن شيء.

قلتُ: في دلالة الرواية على ما ذكر الباجي من قوله: (وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر) نظر فتأمله، ونقل المازري كالباجي.

وقول ابن شاس: جواب دعوى القصاص على العبد يطلب من العبد، ودعوى الأرش، يطلب جوابه من السيد واضح؛ لأن الجواب إنما يطلب من المدعى عليه، وهو في الأولى العبد؛ لأن إقراره به عامل دون سيده، وفي الثانية السيد؛ لأن إقراره به عامل دون العبد.

ولفظ اليمين في حقوق غير اللعان والقسامة فيها: يحلف المدعى عليه أو من يحلف مع شاهده بالله الذي لا إله إلا هو، لا يزيد على هذا، ومثله ذكر الشَّيخ من رواية سَحنون بزيادة: لا أعرف غير هذا، ولابن رُشْد في رسم الأقضية من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية، وفي صفة اليمين اختلاف كثير المشهور قولها، وقيل: يزيد عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، وهو قول ابن كنانة في المدنيَّة.

اللخمي: واختلف إن قال: والله لم يزد، أو قال: والذي لا إله إلا هو؛ فمقتضى قول مالك: أنها يمين جازية، وقال أشهب في الموازيَّة: لا يجزيه اليمين في الوجهين.

قلتُ: هو ظاهر المدَوَّنة، واختار الأول قال: لأنه لا خلاف فيمن قال: والله، ولم يزد، أو قال: والذي لا إله إلا هو، أنها يمين تكفر.

قُلتُ: لا يلزم من أنها يمين تكفر أن يجزئ في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ، ولما ذكر المازري قول أشهب: قال: وحمل بعض أشياخي عن مالك أنه يرى الاكتفاء بقوله: والله فقط، وإنما يتعلق في هذا بقوله في كتاب اللعان يقول: بالله، وليس مقصود مالك في اللعان بيان اللفظ المحلوف به، وذكر المازري في لفظ يمين اللعان خمسة أقوال، فقال في المدَوَّنة: يحلف بالله، وفي الموازيَّة يقول: أشهد بعلم الله.

وقال محمد: يحلف بالله الذي إله إلا هو، والرابع زيادة: الرحمن الرحيم، وقال ابن الماجِشُون: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب، والشهادة الرحمن الرحيم، ونحوه للخمي.

المازري في القسامة ثلاثة أقوال: بالله الذي لا إله إلا هو، والثاني أن يقول: الذي أمات وأحيا، والثالث أن يقول: الذي لا إله إلا هو عالم الغيب، والشهادة الرحمن الرحيم.

الباجي عن ابن حبيب عن الأخوين: بالله الذي لا إله إلا هو.

محمد: والعبد كالحر، وهو مشهور قول مالك وابن القاسم وروايته ورواية ابن كنانة بزيادة: عالم الغيب والشهادة.

وقال ابن رُشْد في رسم القبلة من سماع ابن القاسم، وعن مالك وابن القاسم

يقول: (أقسم بالذي أمات وأحيا).

وسمع يحيى ابن القاسم في الديات صفة حلف القسامة أن يقولوا: بالله الذي لا إله إلا هو، ليس عليهم أن يقولوا: الرحمن الرحيم، ولا الطالب الغالب المدرك.

ابن رُشْد: هذا مشهور مذهبه، وعزا لابن كنانة مثل قول ابن الماجِشُون قال: وفي كتاب ابن شعبان: من حلف عند المنبر فليقل: ورب هذا المنبر.

وروى ابن القاسم وابن وَهْب يقول: بالله الذي أمات وأحيا، والزيادة على بالله الذي لا إله إلا هو، عند من رواها استحسان إذ لم يختلف في أنه إن لم يزد على ذلك أجزأته يمينه.

قلتُ: وقاله اللخمي.

وفيها: ولا يحلف النصراني أو اليهودي في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزاد عليه الذي أنزل التوراة والإنجيل.

اللخمي: قال ابن شعبان: روى الواقدي: أن اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، وقول ابن عبد السلام: النصراني يقر بالتوراة والإنجيل فلعله يغلظ عليه بذكرهما معًا، والمؤلف لم يبينه خلاف ظاهر الرواية.

ابن محرز: قال في الكتاب في النصراني: لا يحلف إلا بالله، وظاهره أنهم لا يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو، وقاله ابن شبلون وغيره: قالوا: لأنهم لا يوحدون، ولا يكلفون ما ليس من دينهم، وليس كذلك بل يحلفون اليمين على هذه الصورة، ولا يكون ذلك منهم إيمانا، ونص عليه متقدمو علمائنا، ويدل عليه استحلاف المجوس بالله، وهم ينفون الصانع تعالى الله عن قولهم.

زاد عياض: وفرق ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد، وبين بغيرهم.

المازري: وفي تمكين المسلم من استحلافه اليهودي يوم السبت قولا القابسي وبعض المتأخرين، فخص بعضهم الخلاف باليهودي؛ لأن النصراني لا يعظم يومًا،

وعممه ابن عات فيهما، قال: لأن يوم الأحد له، والسبت لليهودي.

اللخمي: اختلف في محل اليمين، فقال ابن القاسم: محله في أقل من ربع دينار، وفي ربعه في المسجد الجامع حيث يعظم منه.

الشَّيخ عن محمد: والثلاثة دراهم ربع دينار، وذكره ابن سَحنون رواية، وذكر القاضي عبد الوهاب عن بعض المتأخرين: الاستحلاف في المسجد في القليل والكثير.

المازري: والمعتبر في المعيب قدر قيمة العيب إن فات المبيع، وإلا ففي كونه كذلك قولا أَصْبَغ، وحذاق الأشياخ.

وقال المازري في بعض الروايات: الإشارة إلا أنه لا يشترط اليمين عند المنبر إلا منبره ﷺ، ولابن حبيب عن بعض أصحاب مالك: أن الاستحلاف عند المنبر، وتلقاء القبلة يشير إلى أن المحراب هو أعظم ما في المسجد، ومعروف المذهب اختصاصه بالجامع الأعظم، وفي المذهب ما يشير إلى مساواة مساجد الجماعات والقبائل للجامع الأعظم.

اللخمي: إن كانت اليمين في مسجده ﷺ فعند المنبر.

وقال محمد: على المنبر.

قال مالك: ويحلف بمكة عند الركن.

وقال ابن الجلاب: يستحلف الناس في أقل من ربع دينار في سائر المساجد، ولا يحلف عند منبر إلا منبره ﷺ في ربع دينار.

الباجي: في سائر منابر البلاد عند المحراب، وأعظم ما في المساجد المحاريب، فيحلف عندها قرب المنبر، ولو كان المنبر في وسط المسجد حلف عند المحراب دون المنبر.

وفيها: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق، فتحلف في المسجد، فإن كانت ممن لا تخرج نهارًا فلتخرج ليلًا، وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن ممن يخرج، ويبعث القاضي إليها من يحلفها، ويجزئه رجل واحد.

اللخمي في الموازيَّة: تحلف المرأة في بيتها في أقل من ربع دينار، وفي ربع دينار في

الجامع، فإن كانت ممن تتصرف أحلفت نهارًا، وإلا أحلفت ليلًا، وأجاز سَحنون في امرأتين ليستا ممن تخرج أن تحلفا في أقرب المساجد إليهما.

وقال القاضي عبد الوهاب: إن كانت من أهل الشرف والأقدار جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها، ولا مقال للخصم.

ولما ذكر عياض حلف المرأة في بيتها حسبما تقدم قال: وهذا فيما تطلب فيه، ولابن كنانة في المدنيَّة قال: يحلف النساء اللاتي لا يخرجن في بيوتهن فيما ادعي عليهن، وأما إن أردن أن يستحققن حقهن فيخرجن إلى موضع اليمين، وقد حلف سَحنون مثل هؤلاء في أقرب المساجد إليهن، وأما شُيُوخ الأندلسيين فرأوا أنه لابد من خروج هؤلاء، ومن امتنعت حكم عليها بحكم الملد.

قال عياض: وليس هذا بصواب.

الشَّيخ في نوادره: روى ابن القاسم تخرج فيما له بال، فمن كانت تخرج بالنهار خرجت، وإلا خرجت بالليل، وفي الموازيَّة مثله.

قلتُ: لمحمد: تخرج في ربع دينار.

قال: لا إلا في الشيء الكثير الذي له بال، ومنهن من هي كالرجل تخرج هذه تحلف بالنهار في المسجد الجامع في ربع دينار، ولابن حبيب عن الأخوين من لا تخرج نهارًا تخرج في الليل في ربع دينار.

عياض: قوله: وأما ما سألت عنه من المكاتب، والمدبر، وأمهات الأولاد فسنتهم سنة الأحرار، إلا أني أرى أمهات الأولاد كالحرائر منهن من يخرج، ومنهن من لا يخرج حمل بعضهم أول الكلام على الذكور دون الإناث، وعليه اختصره أبو محمد، وحمله آخرون على الذكور والإناث، وأن ما عدا أمهات الأولاد كالرجال في الخروج لليمين؛ لأن حرمة أمهات الأولاد بحرمة ساداتهن وأبنائهن كالحرائر، وإليه ذهب ابن محرز، ووقع في كلام ابن القاسم في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وأما ما سألت عنه من المدبرة والمكاتبة وأمهات الأولاد فسنتهن سنة الأحرار، وهو محتمل.

قلتُ: وللباجي عن ابن القاسم: والحرة والعبد والمدبرة والمكاتبة سواء.

فإن قلت: قولها: (وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن ممن تخرج) مفهومه أنها تخرج في الكثير، وهو مناقض لما تقدم من أنها لا تخرج في الكثير.

قلتُ: لهذا المفهوم صورتان هذه، وهو غير معمل فيها، والثانية أنها إن كانت ممن تخرج خرجت من بيتها لمحل يقتضي فيه الطالب يمينها، ولا يلزمه الذهاب إلى بيتها لاقتضائه؛ لأن للطالب حقا في اقتضائه اليمين.

قال الباجي: وعندي لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين، لم يبر بها حتى يحلف، وصاحب الحق مقتض ليمينه.

قلتُ: وذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام أنه حكم لرجل بيمين على امرأة، وطلب حضوره معها لحلفها فامتنعت هي، وزوجها خوف اطلاعه عليها.

قال: فحكمت بحضوره إياها متباعدًا عنها أقصى ما يسمع منها لفظ اليمين.

وفيها: في الحالفة في بيتها، ويبعث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق، ويجزئه رجل واحد.

قلتُ: ظاهره أنه لا يقضى له بحضور يمينها في بيتها.

عياض: هذا يدل على أحد قوليه في هذا الأصل فيمن يوجهه القاضي للإحلاف، والحيازات، والأعذار، والنظر في العيوب، والترجمان، والقائف أنه يجزئ في ذلك رجل واحد، ولو زعم من وجب حلفه عجزه عن الخروج لمحل الحلف لمرضه، ففي نوازل الشعبي أربعة.

ابن بقيّ: إن أثبت ذلك ببينة حلف ببيته، وإلا أخرج.

ابن حارث: وإلا حلف لا يقدر على الخروج، ولا راكبا، وخير المدعي في حلفه ببيته، وتأخيره لصحته، فإن نَكَل لزمه الخروج أو رد اليمين.

ابن لبابة: إن ثبت مرضه حلف في بيته بالمصحف، وإلا حلف على عجزه، وخير المدعي في الأمرين.

ابن زَرْب: يختبر القاضي صدقه ببعثه له شاهدين، وأنكره محمد بن ميسور.

وفي كون التغليظ بالمكان شرطًا في اليمين طريقان.

الشَّيخ عن ابن حبيب: من نَكَل في ماله بال له أن يحلف في المسجد عند المنبر، وشبهه من المواضع، فقال: أحلف في مكاني فهو كنكوله يغرم إن ادعي عليه، وبطل حقه إن كان مدعيًا، وقضى به مروان على زيد بن ثابت.

قاله الأخوان، المازري: في كون التغليظ مستحقًّا أو مستحبًّا قولان.

اللخمي: ولا يحلف من الأيمان إلى غير موضعه إلا في القسامة.

قال مالك: يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس وغيرهم يستحلفون في مواضعهم،إلا أن يكون قريبًا من المصر العشر الأميال ونحوها، وقال أبو مصعب: يجلب إلى الأمصار من كان على ثلاثة أميال، وهو أحسن، ولا يمكن من كان من البوادي من الدماء فتضيع.

اللخمي: اختلف هل يقام الحالف، وهل يستقبل به القبلة؟

فلابن القاسم فيها: ليس عليه أن يستقبل به القبلة، وقال مالك في كتاب ابن سَحنون: يحلف جالسًا، وفي كتاب محمد قائمًا، وقال الأخوان: يحلف قائمًا يستقبل به القبلة إلا أن يكون أقل من ربع دينار، فيحلف في مكانه جالسًا، وقال مالك في كتاب آخر: ليس على الحالف في غير المسجد أن يقوم؛ يريد: أنه يقوم إذا كانت اليمين في الجامع، وأرى أن يستقبل القبلة في قليل ذلك وكثيره، ولا يقام وإن كانت اليمين في الجامع، وقد يستحسن ذلك في القتل، ولم يقم النبي ﷺ في اللعان إلا في الخامسة أقام المرأة في موضع الغضب، وقيل: أقام الرجل في الخامسة، وليس في الصحيح.

الشَّيخ: في كتاب ابن سَحنون: قيل لمالك: أيحلف قائمًا أو قاعدًا؟

قال: قائمًا أبين.

قال مالك: يحلف في القسامة قائمًا، وكذلك اللعان، وقول ابن شاس: حكى ابن عبدوس عن أشهب أن القيام في الأيمان إنما هو في اللعان، وفي القسامة لم أجده في النوادر، وتقدم نقل اللخمي فيه.

وفيها: يحلف اليهودي والنصراني في كنائسهم، وحيث يعظمون، ويحلف المجوس في بيت نارهم، وحيث يعظمون.

الباجي: وهل تغلظ بالزمان؟

وروى ابن كنانة في كتاب ابن سَحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم، والدماء، واللعان وقتًا يحضر الناس فيه المساجد، ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق، ففي كل حين، ولابن حبيب عن الأخوين: لا يحلف حين الصلوات إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه، وقاله ابن القاسم وأَصْبَغ، ابن شاس: قال في الكتاب: وشرط اليمين أن تطابق الإنكار.

قلتُ: هو قولها في الشهادات: ومن اشترى منك ثوبًا، ونقدك ثمنه، وجحدته الاقتضاء، وطلبت يمينه، فأراد أن يحلف أنه لا حق لك قبله لم يكن له ذلك.

قال مالك: ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا؛ لأن هذا يريد أن يورك.

ابن القاسم: يعني بقوله: يورك الإلغاز.

قلتُ: نقلها الباجي عن مالك في الموازيَّة لا من المدَوَّنة، قال: وقاله مُطَرِّف، وقال ابن الماجِشُون: إذا حلف ما له عليه شيء من كل ما يدعيه، فقد برئ، واختاره ابن حبيب، وفي الموازيَّة والعتبيَّة القولان.

قلتُ: نقل المازري، واختار ابن حبيب الاستظهار بقرائن الأحوال، فإن كان المدعى عليه من أهل الصلاح والفضل، والمدعي من أهل التهم وممن يظن به ادعاؤه الباطل منع في اليمين بقول ابن الماجِشُون: (وشرط اليمين مع الشاهد) موافقتها شهرته معنى ولفظًا.

الباجي: وصفة اليمين مع الشاهد أن يحلف على ما شهد له، فإن شهد بإقرار المطلوب لم يكن له أن يحلف أن له عليه كذا؛ بل يحلف لقد أقر له فلان بكذا.

قاله ابن عبد الحكم: فإن كان المطلوب غائبًا زاد، وإن حقه لباق عليه، وما عنده به رهن، ولا وثيقة ويقضى له.

قال ابن عبد السلام: هذا على أن اليمين مع الشاهد كشاهد آخر، ومنهم من جعلها تقوية له، وعليه لا يبعد كونها على وفق الدعوى كاكتفاء ابن الماجِشُون في يمين

المدعى عليه بالحلف على نفي دعوى المدعي سواء طابق الإنكار أو لم يطابق.

قلتُ: يرد بأن شرط اليمين مع الشاهد موافقتها شهادة الشاهد فيما أثبته في المعنى اتفاقًا أو إجماعًا والحلف مع الشاهد على وفق الدعوى هي أعم من خصوص ما شهد به الشاهد، والأعم لا يستلزم الأخص إثباتًا فلا يستلزم الحلف على الدعوى نفس ما أثبتته شهادة الشاهد، وقول ابن الماجِشُون: إنما هو في الحلف على أمر هو أعم من خصوص الدعوى، وهو في باب النفي، ونفي الأعم يستلزم نفي الأخص، فاستلزم حلفه نفي الدعوى فتأمله.

وما ذكره من الخلاف في حال اليمين مع الشاهد لا أعرفه على النحو الذي ذكره؛ بل قول المازري: اضطرب العلماء في القضاء بالشاهد واليمين هل القضيَّة مستندة إلى الشاهد واليمين كالتقوية له، أو مستندة إلى اليمين، والشاهد كالمقوي لها أو مستندة إليهما جميعا.

الشَّيخ: من قول مالك وأصحابه أن من أقام بينة بدين على حاضر أنه لا يحلف على أنه ما قبضه حتى يدعي المطلوب أنه دفعه إليه، أو دفعه عنه دافع، ولو كان الحكم بالدين على ميت أو غائب لم يقض للطالب حتى يحلف أنه ما قبضه منه، ولا من أحد بسببه، ولو كان الدين لميت قام به ورثته على ميت أو غائب، فلابد أن يحلف أكابرهم أنهم ما يعلمون أن وليهم قبضه من المقضي عليه، ولا من أحد من مسببه، ولا يحلف الأصاغر، وإن كبروا بعد موته.

قلتُ: قوله: (ولا يحلف الأصاغر) يدل باللزوم على نص قولها: لا يمين على صغير، ولا على من يظن به علم ذلك، وفي سلمها الأول، وإذا أصاب المسلم إليه رأس المال رصاصًا أو نحاسًا فردها عليه فقال له: ما دفعت لك إلا جيادًا، فالقول قوله ويحلف ما أعطاه إلا جيادًا في علمه إلا أن يكون إنما أخذها على أن يريها، فالقول قوله مع يمينه، وعليه بدلها.

التونسي: إن حقق أنها ليست من دراهمه حلف على البت، فإن نَكَل حلف قابضها على البت؛ لأنه موقن.

قلتُ: ظاهره: ولو كان حلف الأول على العلم، فتكون يمينه تنقلب على خلاف ما تتوجه.

قال ابن رُشْد: وهو في مسائل كثيرة.

قلتُ: وذكر غير واحد من شُيُوخ الفاسيين في صفة الحلف ثلاثة أقوال، قولها الثاني: يحلف على البت مطلقًا، الثالث: هذا إن كان صيرفيًا دون عزو، وعزاها ابن حارث لابن القاسم، وابن كنانة، وابن الماجِشُون، وقال ابن شاس بعد ذكر الأول: ولو قال: ما أعرف الجيد من الرديء، فقال بعض الأصحاب: يحلف ما أعطيته رديئًا في علمي.

قلتُ: فالأقوال خمسة.

نقل التونسي، والثلاثة، ونقل ابن شاس.

المازري: وينظر في حق الله تعالى في إباحة اليمين مع الشاهد للصغير الذي لم يعاين ما شهد به الشاهد، ولا علمه ضرورة، فإن لم يعلم ذلك إلا من قول الشاهد، وغلب على ظنه صدقه بخبره أو غير ذلك، ففي إباحة اليمين له بذلك، ووقفها على يقينه قولان لكتاب ابن سَحنون والموازيَّة.

واحتج سَحنون بجواز تصرف الولد الصغير في مال شهد له شاهدان بأنه لأبيه، وظاهر قوله: إسناد هذا الاحتجاج لمالك، وفيه إشكال؛ لأن التصرف في الأموال، ورد من الشرع التعويل فيه على الظن للضرورة إلى ذلك، ولو وقف ذلك على اليقين لأدى إلى ضرر عظيم، وأما تعليق التكليف بتعظيم اسم الله، والقسم به بيقين الصدق، فلا يلحق به ضرر عام وبعض أشياخي يضيف هذين القولين لمالك.

قلتُ: وتقدم هذا، وأخذ الأول من ظاهر قولها في الشهادات، وأظهر منه قولها في الوديعة: وإن بعث إليه بمال، فقال: تصدقت به علي، وصدقه الرسول، وأنت منكر للصدقة فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه، ويكون المال صدقة عليه.

قيل: كيف يحلف، ولم يحضر؟

قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه، واختصرها أبو سعيد سؤالًا

وجوابًا لعدم إفادة الجواب نفي الإشكال؛ لأن حاصله أنه أتى بصورة مماثلة للمسؤول عنها فتستشكل كما استشكلت الأولى.

قال ابن شاس: اليمين على نيَّة القاضي، وعقيدته فلا تصح تورية الحالف، ولا استثناؤه بحيث لا يسمعه القاضي تقدم الكلام في نيَّة الحالف في الأيمان، وأن الخلاف عام في يمين القاضي وغيره حسب ما نص عليه ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ منه قال: إلا أن تتضمن نيَّة المحكوم عليه إبطال حق فهي على نيَّة المحلوف له اتفاقًا، وفي لزوم نفي المدعى به في اليمين بعينه والاكتفاء بعموم يشمله خلاف تقدم عزوه.

الباجي عن أشهب: إن بين المدعي السبب فأنكر المطلوب، وقال: أحلف أنه لا شيء له عندي في هذا السبب لم يجزه حتى يقول: ولا أعلم له شيئًا بوجه من الوجوه، قاله أشهب في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سَحنون هـ.

والظاهر أنه يجزئه؛ لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك، ومن حق المطلوب أن لا يحلف حتى يقول له الطالب: هذا آخر حقوقي عندك.

قال ابن الحاجب: فإن ذكر السبب نفاه معه على المشهور.

قلتُ: انظر الضمير في قوله (معه) على من يعود، وفسره ابن هارون بمسألة كتاب الشهادات المتقدمة، قال: يعني قوله: (نفاه معه) أي: نفى السبب مع العدد.

قلتُ: لا يخفى بعده، وفسره ابن عبد السلام بمسألة أشهب وسَحنون، وهو أيضًا بعيد.

ابن الحاجب: قال الباجي: القياس أن يكتفي بذكر السبب، وعن مالك يقبل ماله عندي حق.

قلتُ: ظاهر أن قول مالك في نفس الصورة، وفيه نظر؛ لأن الباجي قال بعد ذكر ما تقدم ما نصه: وإن ادعى أنه أسلفه أو باع منه لم يجزه قوله: (لا حق له عندي) حتى يقول: لم تسلفني أو لم تبع مني، قاله سَحنون، وهو مقتضى قول مالك قال: وربما قبل منه الجواب ما له على حق، وإلى القول الأول رجع مالك.

قال ابن الحاجب: قال ابن دينار: قلت لابن عبدوس: أيضطر إلى يمين كاذبة أو

غرم ما لا يجب؟

فقال: ينوي شيئًا يجب رده الآن، ويبرأ من الإثم.

قلتُ: عزوه السؤال لابن دينار خلاف نقل ابن شاس عن ابن حارث عزوه لأحمد بن زياد، وذكر ابن حارث في كتاب المديان، كلفظ ابن شاس، وعزو ابن الحاجب وهمٌ؛ لأن ابن دينار، إما عيسى وإما عبد الرحمن وإما محمد، وكلهم لا يستقيم أن يَسأل ابن عبدوس لعلو طبقتهم عنه؛ أما عيسى فهو أكبر من ابن عبدوس.

قال عياض وغيره: أنه أخذ عن مالك ولزم ابن القاسم.

وأما عبد الرحمن فقال عياض: لقي ابن القاسم في رحلته الأخرى، وروى عنه سماعه وعرض عليه المدنيَّة، وفيها أشياء من رأيه وكلاهما من أهل الأندلس، وذكرهما في طبقة سَحنون.

وأما محمد فقال فيه عياض إنه صحب مالكًا، وابن هرمز، روى عنه ابن وَهْب.

قال ابن عبد البر: كان مفتي أهل المدينة مع مالك وعبد العزيز.

وأما ابن عبدوس فقال فيه عياض: هو محمد بن إبراهيم بن عبدوس كان من كبار أصحاب سَحنون، وهو أحد المحمدين الأربعة الذين اجتمعوا في عصر من أئمة مذهب مالك لم يجتمع في زمان مثلهم؛ اثنان مصريان، ابن عبد الحَكم وابن الموَّاز واثنان قرويان؛ ابن عبدوس وابن سَحنون.

والحق ما ذكره ابن حارث وهو أحمد بن أحمد بن زياد الفارسي.

قال عياض: صحب ابن عبدوس وابن سلام والقاضي ابن مسكين، وكان يكتب له السجلات سمع منه ابن حارث وأحمد بن حزم وأبو العرب وغيرهم.

قال أبو العرب: كان عالمًا بالوثائق، وضع فيها عشرة أجزاء، أجاد فيها.

ابن شاس: إن ادعى عليه مُلكًا فقال: ليس لي إنما هو وقفٌ على الفقراء، أو على ولدي، أو هو ملك لطفل لم يمنع ذلك إقامة البينة للمدعي إن لم يثبت ما ذكر فتقف المخاصمة على حضور من ثبتت له عليه الولاية.

قلتُ: ما ذكره هو مقتضى أصول المذهب، ومقتضى إقراره بذلك لحاضر أو

غائب، ولا أعلم من ذكر نفس المسألة التي ذكرها إلا الغزالي في الوجيز.

المازري: لو قال: هي لفلان، وهو حاضر فصدقه سلم له المدعى فيه، والخصومة بينه وبين المدعي، وللمدعي إحلاف المقر أنه ما أقر به لإتلاف حقه إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل، وأن المقر به إنما هو لمدعيه لزم الغرم، فإن حلف أنه لم يقر إلا بالصدق، ولا حق فيه للمدعي، سقط مقال المدعي، فإن نَكَل عن اليمين فهاهنا اختلف الناس هل يستحق بيمينه غرامة المقر لإتلافه بإقراره ما أقر به أم لا؟

لأنه لم يباشر الإتلاف، وإذا توجهت الخصومة بين المدعي، والمقر له وجبت اليمين على المقر له، فإن نَكَل حلف المدعي وثبت حقه، فإن نَكَل فلا شيء له عليه، وهل له تحليف المقر أم لا؟

قال ابن عبد السلام: ليس له ذلك؛ لأنها لو وجبت لكان للمقر النُّكُول عنها، وإذا نَكَل عنها لم يكن للمدعي أن يحلف؛ لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه.

قلتُ: ونحوه قول عياض في الوكالات: إذا اطلع بائع السلعة من وكيل على شرائها على زائف في الثمن فأحلف الآمر فنكل فوجبت اليمين للبائع، قال: وليس له أن يحلف المأمور.

عياض: لأن نكوله عن يمين الآمر نُكُول عن يمين المأمور.

قال المازري: ولو أقر به لغائب لا يعذر إليه لبعد غيبته لم يستحقه المدعي بذلك اتفاقًا، فإن أراد تحليفه سئل، فإن قال: رجاء أن ينكل فأحلفه وأغرمه قيمته جرى على ما قدمناه من الخلاف في توجه الغرم عليه بإقراره به لغيره دون مباشرة إتلاف فمن أغرمه يحلفه ومن لا فلا، وإن قال: رجاء أن ينكل فأحلف، وأستحق نفس الثوب، فذكر ابن سَحنون: من ادعي عليه بدار في يده، فقال: هي لفلان الغائب، فإن حلف بقيت الدار بيده، وإن نَكَل أخذها المدعي دون يمين حتى يقدم الغائب بإقرار المقر، واختار بعض أشياخي إسقاط اليمين عن المدعى عليه إن لم يدع عليه المدعي أنه أودعه السلعة أو رهنه إياها؛ لأنه لا يلزمه أن يحلف لإثبات ملك غيره، ومن الناس من قال: إن نَكَل عن اليمين حلف المدعي، وأخذ المدعى فيه حتى يقدم الغائب فيخاصمه؛

وكأنه رأى أن هذا صيانة لقاعدة الشرع؛ لأنه لو منعنا المدعي من المدعى فيه، ولم يحلف المدعى عليه لم يشأ أحد أن يصرف خصمه عن طلبه من غير أن يمكنه مما ادعى فيه، ولا يحلف له إلا فعل ذلك بأن يضيف المدعى فيه لغائب، ثم ذكر فروعًا لم يضف أقوالها للمذهب فلا ضرورة لذكرها.

قال ابن الحاجب: فإن كان غائبًا لزمته اليمين أو البينة، وانتقلت الحكومة إليه، فإن نَكَل أخذه بغير يمين.

قلتُ: ضمير لزمته اليمين يجب عوده على المقر وضمير (إليه) عوده على الغائب، والضمير المستكن في (نكل) عائد على المقر، وفي (أخذ) عائد على المدعي، والضمير المفعول (بأخذه) عائد على المدعى فيه، بهذا يستقيم موافقته لما تقدم عن المازري ونحوه لابن شاس، ولا يخفى على منصف إجمال كلام ابن الحاجب، ولو جاء بهذه الضمائر مظهرة كان أولى به.

[باب النكول]

[illegible] امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها[1].

قال ابن الحاجب: ويجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين.

قلتُ: فاعل (يجري) ضمير يفسره السياق عائد على حكمه المذكور بعد، وهو إثباته القضاء على الناكل بنكوله مع يمين المدعي، ولا يخفى إجمال دلالة قوله على

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (امتناع... إلخ) أدخل نُكُول المدعي والمدعى عليه، وهو ظاهر، وقوله: (امتناع) قالوا: يتقرر بالتصريح مثل قوله: (لا أحلف) أو يتمادى على عدم اليمين، والضمير في منها يعود على اليمين، والجنس مناسب للنكول؛ لأن النُّكُول مصدر، ويدخل نُكُول أحدهما، ونكولهما.
(فإن قلت): النُّكُول هل هو الامتناع من الحلف مطلقًا أو إذا وقع امتناع فهو نُكُول وينبني على ذلك إذا تم نكوله، ثم أراد الحلف هل يمكن؟
(قُلتُ): ظاهر حده أنه لا يملك، وكذلك النقل عن مالك، ووقع لابن نافع ما يقتضي صحة رجوعه والله الموفق.

هذا المعنى.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: قال مالك: ولكنه لا يجب الحق بنكول المدعى عليه حتى يحلف المدعي، ولم يختلف في ذلك أهل المدينة.

قال مالك: وإن جهل ذلك الطالب ذكر له القاضي حتى يحلف الطالب.

قال أشهب: لم يختلف في ذلك أهل العلم، وقول ابن شاس: ويتم النُّكُول بقوله: لا أحلف وأنا ناكل، وبقوله له: أحلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين، الروايات والأقوال واضحة بصحته، وقول ابن شاس: إذا تم نكوله، ثم قال: أنا أحلف لم يقبل هو قولها.

قال مالك: إذا نَكَل مدعو الدم عن اليمين، وردوا الأيمان على المدعى عليه، ثم أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك، وكذلك قال لي مالك فيمن أقام شاهدًا على مال وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب، ثم بدا له أن يحلف فليس له ذلك.

وسمع عيسى ابن القاسم في رسم الجواب من كتاب المديان: إن قال المدعى عليه للمدعي بعد أن طلب يمينه: احلف أنت وخذ، فإذا هم المدعي بالحلف.

قال المدعى عليه: لا أرضى بيمينك، ما ظننتك تحلف لا رجوع للمدعى عليه كان ذلك عند السلطان أو غيره.

ابن رُشْد: مثله في كتاب الدعوى والصلح.

وفي كتاب الديات: ولا خلاف أعلمه في ذلك بعد أن يردها على المدعي، ولو نكل عنها، ولم يردها عليه، ففي كونه كذلك وصحة رجوعه قولان؛ لظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في المدنيَّة مع ظاهر قولها في الديات، وظاهر قول ابن نافع في المدنيَّة.

قلتُ: ومثله في رسم القبلة من سماع ابن القاسم في الديات بزيادة إلا أن يكون لهم عذر بين.

سَحنون: مثل أن يزعموا أن الميت عليه دين أو يكون أوصى بوصايا.

ابن رُشْد: تفسير سَحنون بين؛ لأنه إذا أبى أن يحلف مع شاهده على حق يدعيه لميته لأجل أنه قيل له أنه أوصى بوصايا أو عليه دين، ثم علم أنه ليس على الميت دين، ولا أوصى بشيء والعذر في القسامة غير هذا، وقوله: إن لهم أن يرجعوا إلى القسامة إن كان لهم عذر ينبغي أن يحمل على التفسير لما في المدَوَّنة من كتاب الديات، وفي تعليقة أبي عمران في المدعى عليه يلتزم اليمين، ثم يريد الرجوع إلى إحلاف المدعي أن له ذلك؛ لأن التزامه ليس أشد من التزام الشرع له.

قال: وخالفني ابن الكاتب، وقال: ليس له رد اليمين، وقول ابن شاس: ونكول المدعي بعد نُكُول المدعى عليه كحلف المدعى عليه هو نص الروايات فيها، وفي غيرها، ومثله قول ابن الحاجب، وكذلك لو ادعى أنه قضاه، ثم نَكَل بعد نكوله لزمه.

الشَّيخ عن ابن عبد الحَكم: إن قال من وجبت عليه يمين: اضرب لي أجلًا لأنظر في حسابي وأمري أمهل بقدر ما يراه، وفي طرر ابن عات الشعباني: إن طلب من وجبت عليه يمين أن يؤخر بها اليومين والثلاثة؛ لينظر في محاسبته فله ذلك، ولا يزاد على ذلك، ثم ذكر قول ابن عبد الحَكم قال: وقال غيره: ليس له ذلك إلا برضا الطالب وإذنه؛ لأن على القاضي إنفاذ الحق على الخصم إذا وجد لذلك سبيلًا.

قلتُ: فالأقوال ثلاثة، وتقييد ابن شاس تأخيره بكفيل بوجهه صواب؛ يريد: ويغرم المال بعد حلف المدعي إن لم يأت به، ولم يحك ابن الحاج في نوازله إلا القول بعدم تأخيره، وأما عكس هذا، وهو أن يطلب المدعي تأخير حلف المدعى عليه، ففي نوازل ابن الحاج: ليس له ذلك إلا برضا المطلوب، وهو مقتضى قول ابن عات في طرره: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها، وكل القاضي من يتقاضاها إذا ثبت عنده مغيبه، ويشهد على ذلك.

ابن زرقون: اختلف في توجه يمين التهمة، فمذهب المدَوَّنة في تضمين الصناع والسرقة: أنها تتوجه، وقاله غير ابن القاسم في غير المدَوَّنة، وقال أشهب: لا تتوجه، وعلى الأول فالمشهور لا تنقلب، وفي سماع عيسى من كتاب الشركة أنها تنقلب.

قلتُ: هو كلام ابن رُشْد.

الباجي: إن ادعى المودع تلف الوديعة، وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع إلا أن يتهم فيحلف، قاله أصحاب مالك.

قال ابن عبد الحَكم: فإن نَكَل ضمن، ولا ترد اليمين هنا.

ابن رزقون: وفي توجه يمين الاستحقاق على المستحق أنه ما باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه على البت كان المستحق ربعا أو غيره، ثالثها: إن كان المستحق غير ربع للمشهور، وابن كنانة، وبعض شُيُوخ ابن أبي زَمَنَيْن، وهذا الخلاف على قولي المَدَوَّنة في استحقاق بعض الورثة دارًا من سبب مورثه، فبقول ابن القاسم يقضى لهذا القائم بحصته فقط، وعلى القول أنه لابد من يمين المستحق، وقول مالك وأشهب تنزع الدار من المطلوب لبقيَّة الورثة على أنه لا يحلف على استحقاق الربع، وقول ابن كنانة: إنما يصح والمطلوب حاضر لا يدعي شيئًا، فإن كان غائبًا فما أراه يقول ذلك.

[باب الخلطة]

الخلطة: حالة ترفع بعد توجه الدعوى على المدعى عليه لا لسوء غرضه[1]،

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): هلا قال صفة توجب توجه دعوى المدعي؛ لأن الخلطة إذا رفعت بعد توجه الدعوى في حق المدعى عليه قربت توجه الدعوى في حق المدعي فلأي شيء لم يقل ذلك، وهو أخصر.

(قُلتُ): حاصل هذا السؤال أنه تضمن سؤالين لأي شيء عبر بالحالة في الجنس، ولم يقل صفة كعادته فيقول: صفة توجب رفع... إلخ، ولأي شيء لم يقل توجب توجه الدعوى على المدعى عليه كما قلناه، وقررناه ولعل الجواب عنه أنه لما رأى كلام العلماء المتقدمين بنقل المازري عن ابن القاسم: الخلطة أن يبايع إنسان إنسانًا بالدين مرة، أو بالنقد مرارًا، ونقل عن البغداديين: إنما المعتبر كون الدعوى تشبه، ونقل القاضي عبد الوهاب عن بعضهم: هي أن تكون الدعوى تشبه أن يدعي بها على مثل المدعى عليه، وقال بعضهم: هو أن يشبه أن يعامل المدعي المدعى عليه في مثل ما ادعى عليه به.

قال: وهذان الحدان متقاربان أحدهما راعى الشبه في جنس المدعى فيه، والآخر راعاه في جنس

فتخرج حالة توجه دعوى السرقة والعداء.

المازري: قال المتقدمون كابن القاسم: الخلطة أن يبايع إنسان إنسانًا بالدين مرة واحدة، أو بالنقد مرارًا، وقال البغداديون من أصحابنا: إنما المعتبر كون الدعوى تشبه. قال القاضي عبد الوهاب: من أصحابنا من قال: هي أن تكون الدعوى تشبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه.

وقال بعضهم: هي أن يشبه أن يعامل المدعي المدعى عليه في مثل ما ادعى عليه به، وهذان الحدان متقاربان، أحدهما راعى الشبه في جنس المدعى فيه، والآخر راعاه في جنس المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه، والتحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل ولابن رُشْد في سماع أَصْبَغ قوله في هذا السماع المبايعة الواحدة ليست بخلطة حتى يبايعه مرة ومرة، وفي سماع يحيى من الشهادات ما ظاهره أن المعاملة الواحدة خلطة، وقيل: معنى رواية يحيى أنها مضافة لمعاملة قبلها، ولا أقول أنها مخالفة ولا مفسدة، بل معنى هذا السماع أنهما تقابضًا وتناجزًا، وسماع يحيى على أن المعاملة بالدين والمبايعة بالنقد مع التناجز ليست خلطة وبالدين خلطة، وبالنقد دون مناجزة في شهادات المدَوَّنة أنها ليست بخلطة، وفي الموازيَّة أنها خلطة قال: وثبوتها بما به ثبتت الحقوق من شاهدين أو شاهد وامرأتين، وفي ثبوتها بشاهد واحد، ثالثها: مع اليمين، ورابعها: شاهد وامرأة لهذا السماع مع نوازل سَحنون، وابن كنانة مع ابن القاسم أيضًا، وابن

المدعي، والمدعى عليه، والمدعى فيه، والتحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل فلما رأى الشَّيخ هذا الاضطراب رأى أن ضبط ذلك بحال قرائن الأحوال من القرائن الدالة على رفع بعد توجه الدعوى على المدعى عليه، فإن ثبت من حال المدعي، وحال المدعى عليه أنه لم يعامل أحدهما صاحبه بوجه فتلك الحالة ترفع توجه دعوى المدعي على المدعى عليه فلا يترتب عليه لازم الدعوى، وإذا سلمنا ذلك علمنا سر كونه.

قال: ترفع، ولم يقل: توجب، وعلمنا سر كونه لم يقل صفة؛ لأن هذه أحوال إنما هي قرائن عاديَّة لا صفات، وذكر الشَّيخ رسمها، ونقل عن ابن نافع عدم اعتبارها.

قال: وعمل قضاتنا عليه، والله سبحانه يرحمه بمنه.

نافع، وسماع حسين بن عاصم.

الباجي عن المغيرة وسَحنون: لا تثبت بين أهل الأسواق حتى يتبايعوا، والاجتماع بالمسجد للصلاة، والأنس، والحديث لا يثبتها، وفي الموطأ أن عمر بن عبد العزيز كان إذا جاءه الرجل يدعي حقًا على رجل آخر، فإن كان بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه.

قال مالك: وعليه الأمر عندنا، ومثله في كتاب ابن سَحنون.

قال سَحنون: حدثني ابن نافع عن حسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن علي أن النبي ﷺ قال: **«البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»**(1) إذا كان بينهما خلطة.

قال أبو عمر: ليس في شيء من الآثار المسندة اعتبار الخلطة.

ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ مذهب مالك، وكافة أصحابه الحكم بالخلطة.

قلتُ: ومثله لابن حارث، ونقل ابن زرقون عن ابن نافع أنه لا تعتبر الخلطة.

قلتُ: ومضى عمل القضاة عندنا عليه، ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها منه المدعى عليه.

الباجي: إن كانت الخلطة بتاريخ قديم، وانقطعت، فقال أَصْبَغ وسَحنون: حكمها باق، وقال محمد: لا يحلف إلا بخلطة ثانية مجددة، وإن قضى عليه بمائة اليوم أقام عليها بينة ثم ادعى عليه من الغد بحق آخر، فلا يمين عليه بسبب تلك الخلطة لانقطاعها حتى يثبت خلطة، ثم ينقطع أمرها.

عبد الحق عن أَصْبَغ: خمسة يجب عليهم الأيمان دون خلطة: الصائغ والمتهم بالسرقة، ومن قال عند موته: لي على فلان دين، ومن يمرض في الرفقة فيدعي أنه دفع ماله لرجل، ولو كان المدعى عليه عدلًا غير متهم، ومن ادعى عليه رجل غريب نزل بمدينة أنه استودعه مالًا، وكذا نقلها ابن سهل، ونقلها ابن رُشْد غير معزوة

(1) أخرجه البيهقي في الكبرى: 252/10، رقم (20990) كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه.

كأنها المذهب.

الباجي: عن يحيى بن عمر: الصناع تتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم في صناعتهم دون خلطة؛ لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، يلزمه مثله في تجار السوق.

قال اللخمي في الصانع: هذا إن ادعى المدعي ما يشبه أن يتجر به أو لباسه أو لباس أهله، وإلا لم يحلفه، ويراعى في الوديعة ثلاثة أوجه: أن يكون المدعي يملك مثل ذلك جنسًا وقدرًا، وثبوت ما يوجب الإيداع ليس الغالب من المقيم ببلده أن يودع ماله إلا لسبب خوف أو طلب سلطان أو سفر بخلاف الطارئ، وأن يكون المدعى عليه ممن يودع مثل ذلك.

عبد الحق: قال بعض شُيُوخنا: لا تعتبر الخلطة في الأشياء المعينة إلا مثل أن يعرض رجل سلعته في السوق للبيع، فيقول رجل: بعتها مني هذا تجب فيه اليمين، وقيل: تجب وإن لم تكن خلطة، وهذا عندي أبين، وعزاه الصقلي لابن مناس، وبعض القرويين.

قال يحيى بن عمر: وعليه تدل مسائلها في الشفعة منها إن أنكر المشتري الشراء، وادعاه البائع تحالفا، وفي سرقتها إن ادعى السارق شراء السرقة حلف له ربه، وفي القذف إذا ادعى شراء الأمة التي شهد عليه بوطئها حلف ربها، ولم يشترط في ذلك خلطة، وقال بعض شُيُوخنا: الخلطة معتبرة في المعينات، وغيرها إلا مثل أن يعرض الرجل سلعته في السوق للبيع، فيأتي الرجل، ويقول: بعتها مني فيحلف دون خلطة.

وفيها: من أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها، ويمنعها، ويكريها، ويهدم ويبني فأقام رجل بينة أنها له أو لأبيه أو جده، وثبتت المواريث، فإن كان حاضرًا يراه يبني، ويهدم ويكري فلا حجة له، وإن كان غائبًا، ثم قدم فقد تقدم الجواب فيها.

ابن القاسم: وكذا من حاز على حاضر عروضًا أو حيوانًا إذا كانت الثياب تلبس وتمتهن والدواب تركب، والأمة توطأ، ولم يُحَدّ لي مالك في الحيازة في الربع عشر سنين ولا غير ذلك.

قال ربيعة: حوز الحاضر عشر سنين تقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما

أكرى أو أسكن أو أعار ونحوه، ولا حيازة على غائب.

قال ابن رُشْد في رسم يسلف من سمَاع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه للحائز اتفاقًا لكنها تدل على الملك كإرخاء الستر، ومعرفة العفاص، والوكاء، فيكون القول قول الحائز مع يمينه لقوله ﷺ: **«من حاز شيئًا عشر سنين فهو له»**[1]، واختلف إن كان الحائز وارثًا.

قيل: هو كمورثه في مدة الحيازة، وأنه لا ينتفع بها دون أن يدعي الوجه الذي تصير به إلى موروثه، قاله مُطَرِّف وأَصْبَغ، وقيل: مدته في الحيازة أقصر، وليس عليه أن يسأل عن شيء؛ لأنه يقول: ورثت ذلك، ولا أدري ما يصير ذلك إليه، وهو ظاهر سمَاع عيسى ابن القاسم، وقول ابن الماجِشُون: وهو أبين والمدة ينبغي أن يستوفي فيها الوارث والموروث، وتضاف مدة حيازة أحدهما للآخر، واختلف على القول بأن العشرة الأعوام ليست بحوز، ولو مع الهدم، والبنيان إن طالت مدة يبيد فيها الشهود، وهي العشرون عامًا على اختلاف في ذلك؛ فقيل: القول قوله في البيع والهبة والصدقة، وهو سمَاع عيسى ابن القاسم في القسمة، وقيل في البيع فقط لا في الهبة، والصدقة والنزول، وهو سمَاع عيسى ابن القاسم في هذا الكتاب، وأضعف الحيازة حيازة الأب على ابنه وابنه عليه فحيازة أحدهما على الآخر بالسكنى، والازدراع لغو وهي أضعف وجوه الحيازة، ومعتبرة بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة اتفاقًا فيهما، وفي لغوها بالهدم والبناء والغرس، وهي المرتبة الثانية في الحيازة قولان:

أحدهما: لا حيازة له بهما، قاله مالك في هذه الرواية، والمشهور؛ يريد: إلا أن يطول الأمر جدًّا لما تهلك فيه البينات، وينقطع فيه العلم.

والثاني: أنها حيازة قام عليه في حياته أو على سائر ورثته في مماته، وهو قول ابن دينار في كتاب الجدار، والواضحة، وقول مُطَرِّف: (و حوز الأقارب الشركاء بإرث وغيره)، وهي الموالية في الضعف لحوز الأب على ابنه، وعكسه لا تكون بالسكنى،

(1) أخرجه أبو داود في مراسيله: 1/285، رقم (394).

والازدراع اتفاقًا، إلا على ما تأوله بعضهم على قوله في المدَوَّنة، وهذا من وجه الحيازة التي أخبرتك من أنه لا فرق في الحيازة بين الأقارب والأجنبيين، وهو بعيد، وتكون بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير والوطء، وإن لم تطل المدة اتفاقًا على الجملة، وتفصيل ذلك أنه إن فوت الكل بالبيع، والمحوز عليه حاضر للصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه بيع حصته وله ثمنها، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه، استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يذكر من ابتياع أو مقاسمة أو شبه ذلك، وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه، فقام حين علم أخذ حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة أخذه لم يكن له شيء، واستحقه الحيازة بما ادعاه لحيازته إياه، وإن فوته بالهبة والصدقة أو العتق أو التدبير، فإن كان حاضرًا وسكت حتى انقضى المجلس فلا شيء له، فإن لم يكن حاضرًا، وقام حين علم فهو على حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه فلا شيء له، وإن فوته بالكتابة تخرج على الخلاف في الكتابة هل تحمل محمل البيع أو العتق، وكذا إن حاز الكل بالوطء، والاتخاذ بعلم المحوز عليه من الورثة فهي حيازة، وإن لم تطل المدة، فإن حاز بشيء مما ذكرناه الأكثر، فالحكم فيه على ما تقدم، ويختلف في الباقي على قولين:

أحدهما: أنه تبع للأكثر يستحقه مع يمينه على ما ادعاه، وهو سمَاع يحيى ابن القاسم إلا أنه لم يذكر اليمين.

والثاني أنه لا يكون تبعًا فيكون للمحوز عليه حقه فيه بعد يمينه على تكذيب صاحبه في دعواه، وهو ظاهر سمَاع سَحنون ابن القاسم إذ لم يفرق فيه بين قليل وكثير بحيازته، فحمله الشُيُوخ على الخلاف لسماع يحيى، وإن حاز بشيء مما ذكرناه الأقل، فقيل: يستحقه بحيازته، ولا يكون تبعًا لما لم يحز، وهو ظاهر سمَاع سَحنون ابن القاسم، وقيل: لا يستحقه ويكون تبعًا لما لم يحز يأخذ المحوز عليه حقه فيه إن كان عبدًا فأعتق كان له قيمة حظه على الذي أعتقه، وإن بيع كان له حظه من الثمن الذي بيع به، وإن وَهْب أو تصدق أخذ حظه منه إلا أن لا يجده، فيكون له قيمة حظه منه على الذي وهب

أو تصدق، وهو سماع يحيى ابن القاسم، وإن فوت بشيء من ذلك النصف أو ما قاربه لم يكن ذلك بعض تبعًا لبعض، فاستحق الحائز ما حاز منه، وما لم يحز بينهما على الإرث، ويحتمل أن يؤول سماع سَحنون على أن الذي حازه الوارث بهذه المعاني متناصف أو متقارب فلذلك قال: لا يكون القليل تبعًا للكثير لا فيما حاز، ولا فيما لم يحز، فلا يكون على هذا سماع سَحنون مخالفًا لسماع يحيى، ولا يكون خلافًا في أن القليل تبع للكثير فيما حيز، وما لم يحز على ما في سماع يحيى، وهو أولى مما حمله عليه الشُيُوخ من الخلاف، وكذا القول فيما حازه الوارث على وارثه بالهدم والبناء أو الاستغلال العشرة الأعوام على أنها حيازة بين الورثة يختلف هل يكون القليل تبعًا للكثير فيما حيز، وما لم يحز على ما ذكرناه، ولا فرق في حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض إنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي مال الأجنبي بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب.

قال أَصْبَغ: السنة والسنتان في الثياب حيازة إن كانت تلبس وتمتهن، والسنة والسنتان حيازة في الدواب إن كانت تركب، وفي الإيماء إن كن يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك، ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجانب إلى عشرة أعوام كالأصول.

قال: وما أحدثه الحائز الأجنبي فيما عدا الأصول من بيع أو عتق أو تدبير أو كتابة أو صدقة أو إصداق أو وطء بعلم مدعيه أو بغير علمه، ولم ينكر حين بلغه استحقه الحائز بذلك هذا كله معنى قول أَصْبَغ دون نصه، واختلف قول ابن القاسم في حيازة الشركاء بالإرث بعضهم على بعض بالهدم والبناء، فقال مرة: العشر سنين في ذلك حيازة، ومرة قال: لا إلا أن يطول ذلك أزيد من أربعين سنة كالأب على ابنه، وهو عليه وقع اختلاف قوله في سماع يحيى.

وحيازة بعض القرابة على بعض فيما يشرك بينهم فيه، جعلهم ابن القاسم مرة كالقرابة الأشراك فرجع عن قوله إن الحيازة بينهم في العشرة الأعوام الهدم والبناء، إلا

أنه لا حيازة بينهم في ذلك إلا مع الطول الكثير، ومرة يراهم بخلاف القرابة الأشراك فلم يرجع عن قوله: الحيازة بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبناء، وهو دليل قوله في سماع يحيى، ثم رجع ابن القاسم فيما يحوزه الوارث على اشتراكه بالهدم والبناء؛ لأن فيه دليلًا أنه لم يرجع عن قوله فيما سواهم من الموالي والأصهار والقرابة الذين لا شرك بينهم، فيتحصل فيهما ثلاثة أقوال:

أحدها: العشرة الأعوام مع الهدم والبناء حيازة فيهما.

والثاني: ليست حيازة فيهما إلا مع طول المدة.

والثالث: الفرق بينهما.

وحيازة: الموالي والأصهار والأختان فيما لا شرك بينهم فيه، فمرة جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين تكون الحيازة بينهم بالعشرة الأعوام دون هدم وبناء، وهو سماع عيسى ابن القاسم في هذا الكتاب، ومرة جعلهم كالقرابة الذين لا شركة بينهم، فيتحصل فيهم ثلاثة أقوال:

أحدها: كون الحيازة بينهم في العشرة الأعوام، وإن لم يكن هدم ولا بناء.

والثاني: لا تكون بينهم في العشرة الأعوام إلا مع الهدم والبناء.

والثالث: لا تكون الحيازة بينهم بالهدم والبناء إلا أن يطول الزمان جدًّا.

والأجنبيون الأشراك: لا حيازة بينهم في العشرة الأعوام إن لم يكن هدم ولا بناء، ويكون فيها مع الهدم والبناء، ولا يدخل في ذلك اختلاف قول ابن القاسم المذكور في سماع يحيى بدليل قوله فيه بين الورثة فخص، وقيل: يدخل فيه اختلاف قوله، وهو تأويل عيسى بن دينار في كتاب الجدار: وحيازة بعض الأجنبيين على بعض فيما لا شركة بينهم فيه، فالمشهور أن الحيازة بينهم في العشرة الأعوام، وإن لم يكن هدم ولا بناء.

وفي كتاب الجدار لابن القاسم: لا تكون حيازة إلا معها، ورواه حسين بن عاصم عنه، ودليل ما في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب، ويشهد لهذا قول عبد الرحمن بن عوف في الموطأ في الأرض التي مكثت في يد أبيه سنين فما كنت أراها

إلالنا من طول ما مكثت في يده، وصدر الشَّيخ باب الحيازة بتقريره أن مدلول عوائد الناس كالإقرار.

قلتُ: ومسائل المدَوَّنة واضحة به، وتقدم الكلام على اعتبار العادة الفعليَّة والقوليَّة في كتاب الأيمان والنذور، فلذا قال ابن شاس في أثناء الحيازة مستدلًا على اعتبارها بقوله: لأن كل دعوى ينفيها العرف، وتكذبها العادة مرفوضة، قال الله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: 199]، وأوجب الشرع الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد الحمولة والسير والأبنية ومعاقد القمط، ووضع الجذوع على الحائط.

وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع، ثالثها: لا تحديد بمدة بل باجتهاد الإمام للشيخ عن ابن القاسم مع ابن وَهْب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ وابن القاسم قائلا: وما قارب العشرة مثلها، وسمعه يحيى.

قال ابن رُشْد: يريد بما قرب منها بالشهر والشهرين والثلاثة، وما هو ثلث العام فأكثر، وقيل: بالعام والعامين، ولابن سَحنون عنه من أقام بينة أن قناته تجري على جاره مقدار سنة، فليس بحوز، ولو جرت عليه أربع سنين كانت حيازة.

قال: ومن لهما داران بينهما زقاق مسلوك بإحداهما كوة يرى منها ما في دار الآخر فبنى جاره في داره غرفة، وفتح كوة قبالتها، فطلب صاحب القديمة سدها عليه فطلب الآخر سد القديمة، وهي منذ خمس سنين حلف صاحب الحديثة ما تركها إلا على معنى الجوار، وتسد الكوتان.

قلتُ: جوابه هذا خلاف جوابه في القناة، ولم يتعرض الشَّيخ، ولا الصقلي بمنافاته إياه، وقد يفرق بينهما بأن في الاطلاع حقًا لله بخلاف القناة.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: روى ابن كنانة وأما الدين يقيم عليه الزمان الطويل، فلا حوز فيه، ولا ينقطع بذلك ملكه.

قلتُ: ولابن أبي زَمَنَيْن في اختلاف المتبايعين عن أَصْبَغ إذا كان القول قول البائع في عدم قبضه الثمن، فالقول قوله ما لم يطل الزمان كثلاثين سنة، وكذا الديون، وإن عرف أصلها، ومن هي له، وعليه حاضر لا يقوم بدينه إلا بعد هذا الزمان، فيقول له:

قضيتك وباد شهودي.

قلتُ: لعل رواية ابن كنانة فيما ذكر حق الدين باق بيد ربه، وقول أَصْبَغ فيما لم يكن باقيًا بيده، وإلا فهو خلاف.

الشَّيخ عن أَصْبَغ: الغيبة على مثل تسعة أيام ونحوها بعد، وما دونها قرب.

قلتُ: ووقع في سماع يحيى تمثيل الغيبة البعيدة بالأندلس من مصر، وانظر ما تقدم في القرب والبعد في الحكم على الغائب، ومن قرب كمن هو على أربعة أيام أو ثمانية في كونه بعلم الحوز عليه كقريب أو كبعيد الغيبة قولا ابن القاسم في سماعه عيسى أولًا، وثانيا قائلا: للناس أعذار في عدم القيام في مثل بعد الثمانية الأيام، وإن لم تعرف.

ابن رُشْد: حكى عيسى في كتاب الجدار قولي ابن القاسم، قال: وأحب إلي أن يكون على قوله إلا أن يقدم وحقه في يد من حازه في غيبته، فعلم بذلك ثم رجع، ولم يذكر شيئًا حتى قام اليوم، وقد طال الزمان بعد أن علم فهو كالحاضر.

ابن رُشْد: وهذا الخلاف في القريب إنما هو إذا علم، وإن لم يعلم فلا حيازة عليه، وإن كان حاضرًا غير أنه في القريب محمول على غير العلم حتى يثبت عليه، وفي الحاضر محمول على العلم حتى يتبين أنه لم يعلم، والقريب الذي فيه هذا الاختلاف ما كان على مسيرة ثمانية أيام ونحوها، والبعيد مثل الأندلس من مصر أو مصر من المدينة على ما في رسم الأقضية من سماع يحيى ابن القاسم.

الشَّيخ لابن سَحنون عنه: من أدخل من زقاق المسلمين شيئًا في داره، ولم يرفع ذلك إلى الحاكم إلا بعد عشرين سنة هدم ورد إلى الزقاق، ولا تملك الأزقة، ولا تحاز.

قال: وما أحدث في طريق المسلمين من كنف وحمامات، ولم يرفع ذلك إلى الحاكم إلا بعد عشر سنين فلا حوز فيه إلا أن يأتي من ذلك أمر قديم كستين سنة ونحوها فيترك؛ لأنه لا يعلم بأي وجه وضع، وتقدم الكلام في توجه يمين التهمة، فانظر الشَّيخ في كتاب ابن سَحنون: من ادعى على رجل جرحًا عمدًا أو خطأ، ولم يأت ببينة حلف المدعى عليه؛ يريد: إن كان لطخ، فإن حلف برئ، وإن نَكَل اقتص منه، وقال بعض العلماء: لا يقتص منه.

اللخمي: من ادعى على رجل أنه جرحه، فإن أتى بأثر الجرح، وهو متعلق به كان لطخًا وسجن، وإن ادعى ذلك عن يوم فرط لم يسجن إلا أن يأتي بلطخ.

وسمع أشهب: من أتى بشاهد واحد على رجل أنه شتمه لم يحلف في مثل هذا مع الشاهد، فإن كان الشاتم معروفًا بالشتم والسفه عزر. قيل له: أترى على المدعى عليه يمينًا قال: نعم، ولعساني أن أكون أراه، ولكن ليس كل ما رأى المرء أراد أن يجعله سنة يذهب بها إلى الأمصار.

ابن رُشْد: تفسير قول مالك أنه إن لم يكن المدعى عليه معروفًا بالشتم استحلف إلا أنه ضعف اليمين بقوله: (ولعساني وأن أكون... إلخ)، والأظهر على أصولهم إيجاب اليمين فتضعيفها ضعيف، وقيل: يستحلف المدعى عليه إن كان للمدعي شاهد على دعواه عرف بالشتم والسفه أو لم يعرف بذلك، وهو ظاهر ما في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الحدود، وما في رسم الحدود من سماع أَصْبَغ منه، فإن حلف برئ، وإن نَكَل ففي سماع ابن القاسم المذكوريسجن أبدًا، حتى يحلف، وفي سماع أَصْبَغ المذكور إن طال سجنه جدًّا أو لم يحلف خلي سبيله ولم يؤدب، وقال أَصْبَغ: إن كان معروفًا بالأذى والفحش أدب، وإلا فأدبه حبسه الذي حبس، فهذه الرواية موافقة لما في السماعين المذكورين من كتاب الحدود من أن المدعي لا يحلف مع شاهده مخالفة لما فيهما من إيجاب اليمين على المدعى عليه على ضعفه في حال دون حال، وقيل: يحلف مع شاهده، ويحد له، قاله مُطَرِّف، وهو شذوذ، وتخرج فيهما قول ثالث أنه لا يحلف معه في الفرية، ويحلف معه فيما دونها من الشتم الذي يجب فيه الأدب.

وكذا اختلف في القصاص من جراح العمد بالشاهد مع اليمين في ثبوته به وعدمه مطلقًا، ثالثها: قصره على ما صغر منها دون ما عظم كقطع اليد لمالك في أقضيتها، وابن القاسم في شهادتها، وابن الماجِشُون مع روايته، واختيار سَحنون، وكذا اختلف إن لم يأت المدعي بشاهد، ولا سبب على دعواه في الشتم أو جراح العمد على ثلاثة أقوال:

أحدها: لا حلف على المدعى عليه، وهو سماع ابن القاسم في كتاب الحدود، قاله في الفرية.

والثاني: عليه اليمين، قاله مالك في رسم العقول من كتاب الجنايات.

والثالث: لا يمين عليه إلا أن يكون مشهورا بذلك، وهو سماع أَصْبَغ ابن القاسم من الجنايات، فإن حلف على رواية أشهب أو رواية أَصْبَغ إن كان مشهورًا بذلك برئ، وإن نَكَل سجن حتى يحلف ما لم يطل، فإن طال خلي سبيله، ولم يؤدب، وقال أَصْبَغ: إنه يؤدب إن كان معروفًا بالأذى على أصله قال: وإن كان مبرزًا في ذلك؛ أي مشتهرًا به مبرزًا فيه جلد في السجن.

وفيها: إن حلف المطلوب، ثم وجد الطالب بينة، فإن لم يكن علم بها قضى له بها، وإن استحلفه بعد علمه ببينته تاركًا لها، وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له، وإن قدمت بينته.

عياض: قوله: تاركًا لها هذا الترك عند أكثرهم هو ترك القيام بها مع علمه، ويدل عليه قوله: قيل: هذا في الحاضرة، وقال آخرون: لا يكون تركًا إلا بتصريحه بترك القيام بها.

قال فضل: ولو حلفه، ولم يذكرها، وعلم بعلمه بها، فقدمت فإن كانت حين حلفه بعيدة الغيبة بحيث لو رفعه للحاكم قضى له باليمين، ولم ينتظرها قضي له الآن بها، ونحوه لابن حبيب، وهذا يدل على صحة التأويل الثاني.

قال أبو إبراهيم: سقط تاركًا في بعض المواضع، فقيل: اختلاف.

الشَّيخ في كتاب ابن سَحنون: روى ابن وَهْب أن عمرًا ﷺ ادعى عنده يهودي على مسلم فدعاه بالبينة، فقال: ما حضرني اليوم بينة فأحلف المطلوب، ثم جاء المدعي بعد ذلك بالبينة فقضى له بها، وقال: البينة العادلة أحب إلي من اليمين الفاجرة.

الصقلي: واستحسنه بعض مشايخنا القرويين إذا كان أمر البينات يطول عند القضاة كمن بينته بعيدة الغيبة.

ابن سَحنون: روى ابن نافع إن أحلف وبينته حاضرة، وهو عالم بها فله القيام بها، وقاله أشهب في غير كتاب، وقاله آخر المسألة.

قال سَحنون: والقول قول صاحب الدين أنه لم يعلم ببينته صح في كتاب ابن

سهل لأحمد بن خالد، وابن أنس عن ابن وضاح لا عند غيرهم، ولا في كتاب ابن عتاب، وهو صحيح على الأصل.

قلتُ: قول أشهب هو سماعه في كتاب المديان.

ابن رُشْد: مثله في الموازيَّة لرواية ابن عبد الحَكم، وفي الثمانية للأخوين، وزاد ابن الماجِشُون أنه أثم حين أحلفه على الباطل، وبينته حاضرة يعلمها، وللأخوين في الواضحة خلاف قولهما في الثمانية مثل ما في المدَوَّنة.

الشَّيخ لابن حبيب عن الأخوين، وابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ في المدعى عليه يحلفه المدعي حين لم يجد بينة، ثم أتى المدعي بشاهد، وأراد أن يحلف معه فليس له ذلك؛ لأنه لا تسقط يمين قد دريء بها حق بشاهد، ويمين، ولكن بشاهدين، وذكرها الصقلي، ولم يذكر فيها خلافًا، وذكرها اللخمي، وقال: قال ابن القاسم وغيره: يحلف مع الشاهد ويستحق، وقال ابن كنانة في الواضحة: ليس ذلك له، وعلله بما تقدم.

وسمع ابن القاسم: من اقتضى غريمه حقه فجحده بعضه وقال: إنما لك علي مائة دينار، وقال الطالب: بل مائتا دينار وضاع كتابي، ولا أحفظه، وأشهدت عليك فصالحه على أن زاده على المائة وحطه من المائتين، ثم وجد كتابه بأسماء شهوده، فقام به، فإن عرف هذا من قوله فله نقض الصلح، ويغرم له بقيَّة حقه.

ابن رُشْد: قوله: إن عرف هذا منه؛ أي: عرف قوله قبل الصلح أن له ذكر حق وضاع، وما يعرف شهوده، ودليله إن لم يعرف ذلك منه لم ينتقض الصلح، وهو خلاف قولها في كتاب الصلح إذا صالحه، ولا يعرف له بينة أن له القيام ببقيَّة حقه إذا وجد بينة مثل قول مالك في كتاب الجدار، ويحتمل أن يكون معنى قوله إذا عرف هذا من قوله رجع ببقيَّة حقه دون يمين، وإن لم يعرف ذلك منه فعليه اليمين أنه إنما صالحه، وكتابه قد ضاع، ولا يعرف شهوده فلا يكون هذا السماع خلاف ما في المدَوَّنة؛ بل يكون مفسرًا لها في إيجاب اليمين، وقرن في كتاب الجدار بين المسألتين، فيتحصل في نقض الصلح بالرجوع عليه في مسألتي وجود ذكر الحق والعثور على البينة وعدم نقضه، ثالثها: في مسألة وجود ذكر الحق، ويحتمل حمل هذا السماع على ظاهره أنه ليس بخلاف

لما في المدَوَّنة، وإنما فرق بين المسألتين فيأتي على هذا التأويل، وهو تأويل ظاهر قول رابع: وهي التفرقة بعكس ما في كتاب الجدار، ولا خلاف أنه إن صالحه، ثم أقر له بحقه أن له الرجوع، ولا في أنه إن صالحه، وله بينة غائبة قريبة الغيبة يعلم بها أنه لا رجوع له عليه إذا قدمت بينته، واختلف إن كانت بعيدة الغيبة فاستحلفه أو صالحه، ثم قدمت بينته في صحة قيامه بها فيها، ثالثها: في استحلافه لا في صلحه، وهذا قولها، ولم يُحَدّ ابن رُشْد القرب والبعد، وكأنه اكتفى بما تقدم في الحكم على الغائب.

وفيها: أولًا إن كانت بينته قريبة الغيبة على مثل اليومين والثلاثة، لم يحلفه إلا على إسقاطها.

وقال في باب الذي يدعي العبد في يد رجل أن الخمسة الأيام والسبعة والجمعة قريبة، وتقدم نحو هذا في فصل الحيازة، وفي فصل نقل الشهادة؛ فتذكر ذلك، وما به الترجيح في قياس الشبه.

حفظ الدماء وموجب جناياتها

روى مسلم عن أبي بكر عن النبي ﷺ أنه قال: **«إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السماوات والأرض، السنة اثنا عشر شهرًا، منها أربعة حرم، ثلاث متواليات: ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب شهر مضر الذي بين جمادى وشعبان»**، ثم قال: **«أي شهر هذا؟»** قلنا: الله ورسوله أعلم، قال: فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه، قال: **«أليس ذا الحجة؟»** قلنا: بلى، قال: **«فأي بلد هذا؟»** قلنا: الله ورسوله أعلم، قال: فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه، قال: **«أليس هذا البلدة الحرام؟»** قلنا: بلى، قال: **«فأي يوم هذا؟»** قلنا: الله ورسوله أعلم، قال: فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه، قال: **«أليس يوم النحر؟»** قلنا: بلى يا رسول الله، قال: **«فإن دماءكم وأموالكم»** قال: وأحسبه قال: **«وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا، وستلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم، فلا ترجعوا بعدي كفارًا يضرب بعضكم رقاب بعض، ألا ليبلغ الشاهد الغائب، فلعل بعض من يبلغه يكون له أوعى من بعض من سمعه»**، ثم قال: **«ألا هل بلغت؟»**(1)، وفي أخرى: **«وأعراضكم من غير شك»**.

ابن رُشْد: عمد قتل المسلم عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه، وفي قبول التوبة منه وإنفاذ وعيده مذهب الصحابة، وإليه ذهب مالك لقوله: لا تجوز إمامته.

قُلتُ: لا يلزم منه عدم قبول تبوبته لعدم علم رفع سابق جرئته، وقبول التوبة أمر باطن، وموجب منصب الإمامة أمر منه ظاهر.

وقال في سماع عيسى: قول مالك ليكثر العمل الصالح والصدقة والحج والجهاد، ويلزم الثغور من تعذر القود منه دليل على الرجاء عنده في قبول توبته خلاف قوله: لا تجوز إمامته.

(1) أخرجه البخاري: 3/459 في الحج، باب الخطبة أيام منى، ومسلم: رقم (1679) في القسامة، باب تحريم الدماء.

قال: والقول بتخليده خلاف السنة، ومن توبته عرض نفسه على ولي القتيل قودا أو دية.

وفي كون القود منه كفارة له أو لا مذهبان وجه الثاني أنه لا نفع فيه للقتيل بل لوليه.

قلتُ: ونقل الأصوليون إجماع الملل على حفظ الأديان والنفوس والعقول والأعراض والأموال، وذكر بعضهم أيضًا الأنساب بمحض عمد قتل المسلم عدوانا يوجب ملك القود منه لمكافئه أو راجح عليه إن كان بالغًا عاقلاً.

[باب في القتل]

وقتله له بهدف نفسه بفعله ناجزًا أو بعد غمرته[1].

وفي التلقين: شرط طريانه على من تيقنت حياته، قال: فإن كان بها يقصد به غالبًا دون وسط في نظره فموجب اتفاقًا.

قال الباجي في المجموعة: روى ابن وَهْب العمد أن يعمد للقتل فيما يرى الناس.

قال في الموازيَّة: أو للضرب الذي به هلاك المضروب فيما يرى الناس.

قال في الكتابين: المجتمع عليه عندنا أن العمد إلى ضرب رجل بعصا أو برمي بحجر أو غيره فيموت فذلك يوجب القود، وروى ابن القاسم، وكذا طرح من لا يحسن العوم في نهر على وجه العداوة.

---

(1) قال الرَّصاع: القتل المحدود هو الذي يوجب القصاص بشرط ما ذكر قوله: (زهوق نفسه) الضمير عائد للمقتول.

(فإن قلت): النفس بسكون الفاء معلوم، والنفس بفتحها كذلك فهل المراد الأول أو الثاني.

(قُلتُ): الأول، وهو خروج روح المقتول، وهو المراد بزهوقها لكن خروجها على قسمين إما لغير سبب من آدمي، وإما بفعل من قاتل، وهو القتل، ولذا قال بفعله، وهو يتعلق بزهوقها، وقوله: (ناجزًا) أشار إلى حالتي خروج روحه وكل فيهما القصاص، وقوله: (أو عقب غمرته) أي: زهوق نفسه عقب غمرته بسبب الفعل، فهذا هو الموجب للقود بشروطه، وهو ما أشار إليه الشَّيخ قبل، ولو قال: إزهاق لكان أحسن وأنسب في المقولة، والله سبحانه الموفق.

[باب العمد في القتل]

القتل العمد ما قصد به إتلاف النفس بآلة تقتل غالبًا، ولو بمثقل أو بإصابة المقتل كعصر الانثيين، وشدة الضغط والخنق.

ابن القُصَّار: أو يطبق عليه بيتًا أو يمنعه الغذاء حتى يموت جوعًا(1).

قلتُ: للصقلي عن بعض القرويين منع من فضل مائه مسافرًا عالمًا أنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يسقه قتل به، وإن لم يل قتله بيده.

وفيها: من تعمد ضرب رجل بلطمة أو لكزة أو حجر أو بندقة أو قضيب أو عصا أو غير ذلك ففي كله القود إن مات بذلك.

ثم قال: فيما قلت: إن شقت بطن رجل فأكل وشرب، وتكلم وعاش يومين أو ثلاثة، ثم مات من ذلك أفيه قسامة؟

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بإصابة المقتل) بسكون القاف كذا في مبيضته.

قوله: (ما قصد به إتلاف النفس) أخرج به ما لم يقصد به الإتلاف في النفس بآلة لا تقتل غالبًا، وظاهره اشتراط قصد القتل في العمد، وفسر ابن عبد السلام العمد من كلام المؤلف: أن يقصد الضارب بما يقتل مثله. قال: وفسره بعضهم: بقصد القتل، وهو خلاف المذهب.

(فإن قلت): الشَّيخ هنا: ذكر الكلام عن التلقين، وذكر قبله ما نقله عن المجموعة، وأنه العمد إلى الضرب، وهنا ذكر عن التلقين ما يخالفه، ولم يقل طريقتين في تعريف العمد.

(قُلتُ): لعله رأى الكلام قابلا للجميع، ولذا قال شيخنا: ما رأيته وهو بعيد.

قوله: (ولو بمثقل) تنبيه على أن المحدد والمثقل شيئًان، وباقيه ظاهر ويعني بما يقتل غالبًا به.

(فإن قلت): قد وقع في المدَوَّنة من تعمد ضرب رجل بلطمة أو بندقة إن ذلك يوجب القود إذا وقع منه موت مع أن ذلك لا يقتل غالبًا فهل قولها مخالف لهذا أم لا؟

(قُلتُ): يظهر أنه مخالف لكلام التلقين، والشَّيخ ﷺ ذكر نصها بعده، ولم ينبه على المخالفة، ويمكن أن تكون الضربة بلطمة قويَّة في مكان يقتل غالبًا سيما إن كان المضروب ضعيفًا، والضارب قويًا، ويقع الجمع بين الكلامين، وذكر بعد في سبب القتل أن من طرح حيَّة تعرف أنها قاتلة أن الطارح يقتل، ولا يقبل قوله: (لم أرد قتله).

قال الشَّيخ: (قُلتُ): مقتضى قولها إن تعمده بضرب لطمة مما يقتل به عدم شرط معرفة أنها قاتلة ما لم يكن على وجه اللعب؛ فتأمل هنا، والله أعلم.

قال: لم أوقف مالك على هذا، ولكنه قال: من مات تحت الضرب أو بقي بعده مغمورًا لم يتكلم، ولم يأكل ولم يشرب ،ولم يفق حتى مات فلا قسامة فيه، وقال: من أكل وشرب وعاش ثم مات بعد ذلك ففيه القسامة؛ لأنه لا يؤمن أنه مات من أمر عرض له، وأما شق الجوف فلم أسمع منه فيه شيئًا، وأرى إن أنفذ مقاتله وعلم أنه لا يعيش من مثل هذا إنما حياته خروج نفسه فليس فيه، وما أشبهه قسامة، وقد قال مالك في الشاة يخرق السبع بطنها فيشق أمعاءها فتنتشر أنها لا تؤكل؛ لأنها لا تحيا على كل حال.

وسمع سَحنون ابن القاسم في كتاب العتق: من شقت جوفه أو أمعاؤه أو ذبح فمات ولده حينئذ أيرث منه؟

قال: نعم، إلا المذبوح لا يرث، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيمن شقت جوفه حجة، ومن قتله في تلك الحال لا يقتل.

ابن رُشْد: لا يرث المذبوح اتفاقًا، ولا يقتل من أجهز عليه، ومن أنفذت مقاتله فرق في هذا السماع بين توريثه ممن مات، والقصاص ممن قتله، وفي سماع أبي زيد ابن القاسم أنه يقتل به من قتله، والقياس لا فرق بين القصاص والميراث فيرث ممن مات على رواية أبي زيد، ولا يرث منه على قوله في هذا السماع لا يقتل به من قتله، وهو قول أشهب لا يقتل به إلا الأول فهي قولان وتفرقة.

وفيها: من العمد ما لا قود فيه كالمتصارعين أو يتراميان على وجه اللعب أو يأخذ برجله على وجه اللعب فيموت منه ففي كل هذا دية الخطأ على العاقلة، ولو تعمد هذا على وجه القتال فصرعه فمات أو أخذ برجله فسقط فمات كان فيه القود.

ابن رُشْد: عمد الضرب دون عمد القتل في غير نائرة إن كان على وجه اللعب في كونه خطأ، وإيجابه القود، ثالثها: شبه عمد لها، وللأخوين مع روايتها، وتؤول على أنه لم يلاعبه صاحبه، والأول على أنه لاعبه فيتفقان.

ولابن وَهْب: وقيل: التفرقة بين أن يلاعبه أو لا رابع.

قال: وعمد الضرب أدبا ممن يجوز له عندي على الخلاف في ضرب اللعب.

وقال الباجي: الخلاف في هذا الوجه: إنما هو راجع إلى تغليظ الدية، ولا قود بحال، هذا إن علم أنه على وجه الأدب، وإن لم يعلم إلا بقوله ففي تصديقه قولان.

قلتُ: للباجي عن المجموعة: روى ابن القاسم وابن وَهْب إن ضرب الزوج زوجته بحبل أو سوط فذهبت عينها أو غيرها ففيه العقل لا القود، وكذلك المعلم والصانع أو القرابة يؤدبون ما لم يتعمد بسلاح وشبهه.

ورواه ابن القاسم وقال: ليس الأخ، والعم، وسائر القرابة كالأبوين والأجداد إلا أن يجري ذلك على وجه الأدب كالمعلم والصانع فهذا يقتضي أن في الأدب بما يؤدب به الدية مغلظة فهو على أربعة أوجه: ضرب قصد به اللعب بغير آلة القتل لا قود فيه، وفي التغليظ فيه روايتان، وضرب قصد بغير آلة القتل خنقًا وغضبًا ممن لا أدب له في القود فيه، وتغليظ الدية روايتان، وضرب بغير آلة القتل ممن له الأدب من القرابة ممن ليس له عليه ولادة، لا قود فيه.

وفي تغليظ الدية روايتان: والرابع حذف ابنه سيأتي.

وفيها: من طرح رجلًا في نهر، ولم يدر أنه لا يحسن العوم فمات، فإن كان على العدواة والقتل قتل به، وإن كان على غير ذلك ففيه الدية، ولفظها في الموازيَّة فيما نقل الباجي روى ابن القاسم من طرح من لا يحسن العوم في نهر على وجه العداوة، والقتل قتل به.

قلتُ: انظر هل من شرطه أن يعلم الطارح أن المطروح لا يحسن العوم أم لا، وظاهره أنه إن كان يحسن العوم وطرحه على وجه القتل أنه لا يقتل به.

[باب في السبب الموجب للقود]

والتسبب بفعل؛ إن قصد به قتل معين فمات يوجب القود[1].

---

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ منه أنه التسبب بفعل ما قصد به قتل معين مات عنه قوله: (بفعل) فيدخل فيه؛ أي: فعل كان إما بحفر بئر أو بتقديم طعام مسموم، وكذلك وقع فيها، والسم المذكور سواء أطعم بنفسه أو دس في طعام، وما وقع للقاضي عياض: في إكماله في حديث اليهوديَّة خلاف نصها؛ لأنه

[باب في التسبب الموجب للدية في المال]

وإن قصد به غير معين فالدية في ماله أن قتل المقصود.

[باب في التسبب الموجب للدية على العاقلة]

وغيره على العاقلة[1].

نقل عن مالك أن السم إذا كان في طعام لا يقتل به من فعله، وقد رأيت بخط الشَّيخ الفقيه على ظهر مدونته الرد عليه بنصها، والله أعلم.

وكذلك من منع فضل مائه مسافرًا عالمًا أنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يسقه، فإنه يقتل به كذلك قال ابن يونس عن بعض القرويين، ووقع فيها ما يشهد له، وخرجت على ذلك مسائل انظرها.

(فإن قلت): إذا أمسك رجل رجلًا لمن أراد قتله.

قال في الموطأ: إن علم أنه أراد قتله قتلا معًا هل يدخل هذا في التسبب؟.

(قُلتُ): نعم إذا علم أنه يقتله ظلمًا، وانظر كلام ابن الحاجب، واعتراض الشَّيخ عليه، والله أعلم.

وقالوا هنا: إذا اجتمع المتسببون والمباشرون قتلوا معًا، وأصلها مسألة الموطأ المذكورة.

وقالوا بعد المباشر مقدم على المتسبب فيمن حفر بئرًا لشخص معين ودفعه آخر، وانظر ذلك ما ذكره الشَّيخ في الشهادة، وقد اختلف في ذلك، وانظر بينة الزور، وما قيل فيها في الرجوع، والله سبحانه أعلم.

وتأمل ما قيد به الشَّيخ ذلك، ولا معارضة بين كلامهم بل إن حصل التمالي من متسبب ومباشر قتل الجميع بخلاف إذا لم يقع التمالي، فإنه يؤخذ المباشر.

(فإن قلت): إذا واجر رجل رجلًا على قتل رجل فقتله المباشر للقتل فالقود عليه، والأدب على الأول؛ لأنه يصدق فيه السبب الأول للقود.

(قُلتُ): لا نسلم صادقيته عليه، والله أعلم.

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ من كلامه أنه فعل قصد به قتل غير معين قتل به غيره ومعناه، والله أعلم إن قصد غير المعين كحفر بئر لسارق، فإن مات به المقصود، وهو السارق كانت الدية في ماله، وإن مات فيه غير السارق كان ذلك على عاقلته، وتأمل المدَوَّنة، وكلام أبي إبراهيم عليها كيف يدل على هذا، والله أعلم.

[باب الموجب لحكم الخطأ]

وإن قصد به حفظ المال لمحل محجوز عنه فخطأ ما بلغ من دم الحر بثلث الدية على عاقلته[1]، وما سواه في ماله، وتفسير يأتي في دياتها من وضع سيفًا بطريق المسلمين أو بموضع لقتل رجل فعطب به الرجل قتل به، وإن عطب به غيره فديته على عاقلته، ونقله الشَّيخ والباجي من المجموعة دونها مرجوح، وفي ثاني حجها، وهو في التهذيب في ثالثه.

قال مالك: من حفر بئرًا في منزله فساري أو عمل به ما يتلفه فمات ضمن ديته، وكذا وقع فيه غيره، ومثله في دياتها.

أبو إبراهيم: إن قصد بمثل هذا قتل إنسان بعينه قتل به، وفي غيره ديته على العاقلة كقولها في مسألة السيف، وهي دليل الباب كله.

الباجي والنوادر: روى ابن وَهْب من رش بناء قناة ليزلق من يمر به من آدمي، وغيره ضمنه، وكذا من جعل بالطريق مربطاً لدابة أو كلبًا بداره لعقر من يدخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها، وروى ابن القاسم من فعل ما يجوز له كمن حفر بئرًا بداره لغير ضرر أحد أو بغير داره بإذنه أو رش، فإن تبرأ ذا أو تنظفا أو ربط كلب صيد بداره أو في غنمه للسباع أو نصب حبالات للسباع أو وقف على دابته بطريق أو نزل عنها لحاجة أو وقفها بباب مسجد أو حمام أو بسوق لم يضمن ما هلك بشيء من ذلك، وكذا

---

(1) قال الرَّصاع: يؤخذ من كلامه أنه فعل قصد به حفظ المال بمحل محجور عنه هذا إنما ذكره؛ لأنه إذا كان حكمه حكم الخطأ فيفصل فيه فما بلغ منه ثلث الدية فعلى العاقلة، وإلا ففي مال الجاني، ولما ذكر الشَّيخ هذه الأسباب ذكر مسائل فقهيَّة فيها حكم كل واحد منها فذكر عن المدَوَّنة مسألة وضع السيف بالطريق لقتل رجل ومات.

قال: يقتل به.

قال: وإن عطب به غيره فعلى العاقلة، وانظر حفر البئر، وكذلك رش الفناء، وغير ذلك من المسائل المفرعة على ما ذكر من الأسباب المذكورة، وتطبيق ذلك على ما يليق به من ذكر تسببه، وفيه ما يتأمل.

إن أخرج روشنا من داره أو عسكرا.

أشهب: من حفر بئر ماشية قرب أخرى فحفره بغير إذنه فعطب بها آدمي لم يضمنه؛ لأنه جائز له إلا أن يعلم أنه يضر بجاره فيؤمر بردمها، وما هلك فيها بعد أمره ضمنه.

محمد: وما هلك بذلك من آدمي فعلى عاقلته، وغيره في ماله.

ابن القُصَّار: وفي القود بالإكراه بشهادة الزور روايتان، واختار الأولى، وتقدمت في مسائل الرجوع عن الشهادة، وفي تقديم الطعام المسموم القود.

وفيها: من قتل بسقي سم قتل به.

الشَّيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ: من طرح على رجل حيَّة مسمومة مثل هؤلاء الخولة العارفين الحيات المسمومة فمات قتل به، ولا يصدق أنه على اللعب، إنما اللعب مثل بعض الشباب يطرح الحيَّة الصغيرة التي لا تعرف بمثل هذا فتقتل فهذا خطأ، وكذا طرحه عليه حيَّة يعرف أنها قاتلة، ولا يقبل قوله: لم أرد قتله.

قلتُ: مقتضى قولها إن تعمده بضرب لطمة فمات قتل به عدم شرط معرفة أنها قاتلة ما لم يكن على وجه اللعب، وقول ابن شاس ما لا يقتل من الحيات يقبل فيه قول الملقي لم أرد قتله لتقرر العادة بذلك، صواب، وتجري فيه أقوال اللعب، وروى الباجي إن سحر ذمي أهل ذمته أدب إلا أن يقتل أحدًا فيقتل به.

الباجي: من أشار على رجل بسيف فمات.

فقال محمد: إن تمادى بالإشارة، وهو يقر فطلبه حتى مات فعليه القود.

ابن القاسم: إن طلبه به حتى سقط فمات فعليه القود بقسامة أنه مات خوفا منه.

الباجي: لاحتمال موته من السقطة، ولم يكن في مسألة محمد شيء يحمل عليه موته.

ابن حبيب: عليه القود، ولم يذكر قسامة، وبه قال ابن الماجِشُون في هذه المسألة والمغيرة وابن القاسم وأَصْبَغ.

وسمع عيسى ابن القاسم من طلب رجلًا بالسيف فعثر المطلوب قبل أن يضرب فمات قتل به، وقاله المغيرة.

ابن رُشْد: مثله لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: ولا أعرف فيه نص خلاف، ويدخله بالمعنى؛ لأنه من شبه العمد المختلف في وجوب القود فيه حسبما مر ابن الحاجب فيمن أشار بالسيف فهرب فطلبه حتى مات، وبينهما عداوة أربعة: القود والدية والقسامة وإلحاقه بشبه العمد.

قلتُ: الثاني هو نقل ابن شاس، وقال ابن ميسر: لا قصاص في هذا، واستحسنه طائفة من القرويين لاحتمال موته من الخوف أو الجري أو منهما.

الباجي: ولو كانت إشارة فقط فمات، فإنما فيه الدية عند محمد على العاقلة، ونحوه لابن القاسم، وروى الدارقطني عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «**إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك**»[1].

عبد الحق: رواه سفيان الثوري عن إسماعيل بن أميَّة عن نافع عن ابن عمر كذا، ورواه معمر، وابن جريج عن إسماعيل مرسلا، ولم يتعقبه ابن القطان، وهو في الموطأ من أمسك رجلًا لآخر ليضربه فضربه فمات إن أمسكه، وهو يرى مثله؛ يريد قتله قتلا معًا، وإن كان يرى أنه لا يقتله قتل القاتل فقط، وعوقب الممسك أشد العقوبة، ويسجن سنة.

الباجي عن ابن نافع: دليل حبسه للقتل أن يرى القاتل يطلبه وبيده سيف أو رمح، وإن لم ير معه ذلك لم يقتل الحابس، ويجلد بقدر ما يرى السلطان.

وقال عيسى بن دينار: يجلد مائة فقط.

ابن مزين: القول ما قال ابن نافع.

قلتُ: قال ابن القُصَّار: إنما يقتل الممسك إذا علم أنه يقتله ظلمًا.

ابن شاس: وذكر القاضي أبو عبد الله ابن هارون البصري من أصحابنا في وجوب القود من الممسك أن يعلم أنه لولا الممسك لم يقدر على ذلك.

قلتُ: يؤيده قولها: إن حمل رجل على ظهر آخر شيئًا في الحرز فخرج به الحامل،

---

(1) أخرجه الدارقطني: 3/140، رقم (176) في كتاب الحدود والديات وغيره.

فإن كان لا يقدر على إخراجه إلا بحمل الحامل عليه قطعا معًا، وإن كان قادرًا على حمله دونه قطع الخارج فقط.

قلتُ: فإطلاق ابن الحاجب إيجاب الإمساك على القود متعقب، والمذهب قتل الجماعة بالواحد كالواحد.

الباجي عن ابن القاسم وأشهب: إن اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبي قتلوا به، وقول ابن الحاجب: لو اشترك المتسببون، والمباشرون قتلوا جميعا واضح دليله مسألة الإمساك، وقولها في كتاب المحاربين: إن ولي رجل من جماعة قتل رجل، وباقيهم عون له وتابوا قبل أخذهم دفعوا لأولياء القتيل قتلوا من شاؤوا ،وعفوا عن من شاؤوا، وأخذوا الدية ممن شاؤوا، ونقل المازري عن المذهب على رواية قود بينة الزور أن القاضي لو حكم عالمًا بتزويرهم، وولي الولي القتل كذلك قتلوا جميعا.

وقال ابن شاس: يغلب السبب على المباشرة التي ليست عدوانا كمن حفر بئرًا على طريق أعمى ليس فيها غيره، ولا طريق أخرى له فوقع فيها فمات أو طرح رجلًا مع سبع في مكان ضيق أو أمسكه على ثعبان مهلك.

ابن الحاجب: لو تمالأ جمع على ضرب رجل، وتم وسوط سوط قتلوا جميعا.

قلتُ: يريد تمالؤوا على قتله.

الباجي عن ابن الماجِشُون: إن اجتمع نفر على ضرب رجل، ثم انكشفوا عنه، وقد مات قتلوا به، وروى ابن القاسم: وعلى أن ضربه هذا بسلاح، وهذا بعصا وتماديا حتى مات قتلا به إلا أن يعلم أن ضرب أحدهم قتله.

المازري في مسألة زور بينة الرجم: من أكره رجلًا على قتل رجل ظلمًا قتل المباشر إذ لا خلاف أن الإكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلمًا، ويقتل المكره أيضًا؛ لأن القاتل كآلة له، ولو كان أحدهما غير مكلف لم يقتل، وكان نصف الدية على عاقلته كقتل رجل وصبي رجلًا عمدًا وتأتي.

ابن شاس: من حفر بئرًا ليقع فيها رجل معين، فوقف الرجل على شفيرها فرداه فيها غير الحافر، فقال القاضي أبو الحسن: يقتلان معًا للاعتدال، وقال القاضي أبو عبد

الله بن هارون: يقتل المردي دون الحافر تغليبا للمباشر.

قلتُ: الأظهر أن علم المردي بتقدم فعل الحافر، وقصده قتلا معًا كبينة الزور مع القاضي العالم بزورهما، وإلا قتل وحده على رواية ابن القاسم في بينة الزور.

وفي كتاب الجعل والإجارة: من أجر على قتل رجل ظلمًا فقتله فلا أجر له، وعلى الأجير القصاص، وعلى الذي أجره الأدب، ولابن رُشْد في سماع عيسى ابن القاسم من كتاب القذف: لو قتل عبد رجلًا بأمر سيده ففي قتلهما معًا مطلقًا، وقتل السيد فقط إن كان العبد أعجميا، والعبد فقط إن كان فصبي قولان لسماع عيسى ابن القاسم مع سماعه أَصْبَغ، وابن حبيب عن ابن وَهْب قائلا: ويضرب من لا يقتل منهما مائة، ويسجن عامًا، وإن قتل بعض أعوان الإمام رجلًا ظلمًا بأمر الإمام قتلا معًا اتفاقًا، ولو قتل الابن البالغ كذلك بأمر أبيه أو بالغ متعلمي الصانع كذلك بأمره أو المؤدب كذلك بأمره، ففي قتل القاتل والمبالغة في عقوبة الآمر وقتلهما معًا قولا ابن القاسم في روايتي يحيى عنه وسَحنون: ولو كان مراهقًا لم يبلغ الحلم مثله ينتهي عصى ينهى عنه قتل الآمر وعلى عاقلة الصبي نصف الدية عند ابن القاسم، ولو كانوا صبيانا المأمورون كانت الدية على عواقلهم، وإن لم يطر على عاقلة كل واحد منهم إلا أقل من ثلث الدية، وكان ابن القاسم يقول: كل الدية على عاقلة الصبي.

قال أبو محمد: ولا يعجبني.

قال: يريد: ولا يؤدب.

قال أَصْبَغ في هذه الرواية: لا قتل على واحد منهما، وهو من الخطأ كما لو أمر غير ولده بذلك، وفي الموازيَّة: يضرب الآمر مائه، ويسجن سنة، ويضرب الغلام ضربًا بقدر احتماله إلا أن يكون الأب أو المعلم أو المؤدب مباشرًا ذلك مشددًا عليه فيجب حينئذ قتله، وإن كان دون ذلك في السن فلا خلاف في قتل الآمر، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية، وفي سماع سَحنون أنه أنكر قول أَصْبَغ من قتل عبد رجل بأمره غرم قيمته، وقال: لا قيمة له؛ لأنه ماله أمر بإتلافه، ويضرب القاتل، ويسجن ويؤدب السيد.

ابن رُشْد: لأَصْبَغ في الواضحة يضرب السيد أيضًا، ويسجن، وقال: أغرمته لجرمه، وهذا ليس بجيد؛ لأنها عقوبة بالمال فالسيد أحق أن لا يعطى المال عقوبة له، ولو علله بأن السيد أسقط حقه في القيمة قبل وجوبها كان أصوب.

وفيها: إن قتل رجل وصبي رجلًا عمدًا قتل الرجل، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية، ولو كانت رمية الصبي خطأ، ورمية الرجل عمدًا، ومات منهما معًا، فأحب إلي أن تكون الدية عليهما معًا؛ لأني لا أدري من أيهما مات.

الصقلي: يريد: نصف الدية على الرجل في ماله.

الباجي: إن قتل صغير وكبير قتل الكبير، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية، وقال ابن حبيب: اختلف فيها قول ابن القاسم، فقال مرة هذا، وقال مرة: إن كانت ضربة الصغير عمدًا قتل الكبير، وإن كانت خطأ لم يقتل، وعليهما الدية، وقال أشهب: يقتل الكبير.

محمد: وهو أحب إليَّ.

قلتُ: ظاهره دون قسامة، وكذا نقله الصقلي، ونقله اللخمي عنه أنه لا يقتص منه، ولو مات بالحضرة إلا بعد المعرفة بضربته، والقسامة أنه مات منها، وهو أحسن، فإن لم يعرف العمد أو عرف، ولم يقسموا لم يقد منه بالشك.

الباجي: قال أشهب: من فرق بين عمد الصبي وخطئه فقد أخطأ، وحجته بأنه لا يدري من أيهما مات، وكذا في عمد الصبي لا يدرى من أيهما مات، وهو يرى عمده كالخطأ.

قلتُ: قبول الباجي: قول ابن حبيب: اختلف فيها قول ابن القاسم... إلخ فيه نظر؛ لأنهما صورتان مختلفتان باختلاف قوله فيهما لا يقال فيه اختلاف إلا مع قيام الدليل على قاتلهما، وقد فرق الصقلي بينهما بقوله بأنهما في مسألة عمد الصبي تعاقدا على قتله، وعزا الباجي التعقب على قول ابن القاسم في ترجمة ما جاء في الغيلة، والسحر لأشهب، وعزاه قبل ذلك في ترجمة دية العمد إذا قبلت لمحمد، وقال ما قاله محمد: لا يلزم.

ابن القاسم: لأن حجة ابن القاسم أنه لا يدري هل مات من ضرب عمد أو خطأ فهو كما لو كانا كبيرين، وأما إن كان الكبير والصغير عامدين فقد علم أنه مات من ضرب عمد، وسقط القصاص عن الصغير لمعنى فيه لا لمعنى في الضرب كما لو كانا كبيرين ضرباه عمدًا فعفا عن أحدهما لما سقط القود عن الآخر أو قتل حر وعبد عبدًا عمدًا، ولو قتله أحدهما عمدًا والآخر خطأ سقط القود عنهما؛ لأنه سقط لمعنى في الفعل؛ وهو الجهل من أي الفعلين مات.

ابن عبد السلام: في قول الباجي نظر؛ لأن ظاهر قول ابن القاسم الذي تعقبه محمد قوي في أن القتل لم يكن من مجموع الضربين بل من أحدهما، وهو مجهول، وأحد الضاربين لا يقتص منه إما لخطئه أو لصغره، وأيا ما كان فلا قود على الكبير لاحتمال أن لا يكون هو الضارب، وعلى هذا التقرير فلا فرق بين كون الصغير مخطئًا أو متعمدًا.

قال: فإن قلت: فعلى هذا لو اجتمع كبيران على قتله عمدًا لم يقتلا؛ لأن القاتل منهما غير متعين بما ذكرتم.

قلتُ: لا يلزم من نفي هذا السبب الخاص نفي سبب آخر للقتل، وهو مباشرة أحدهما، وإعانة الثاني.

قلتُ: جوابه عما أورده على نفسه، يرد تعقبه جواب الباجي، وبيانه أنه بنى تعقبه على احتمال كون القتل من غير الكبير، وبنى جوابه عما أورده على نفسه بلزوم كون كل واحد منهما إما مباشرًا، وإما متسببا بالإعانة، وأن المتسبب كالمباشر، وهذا يوجب كون الكبير مع الصغير إما مباشر أو متسبب مع كون المتسبب كالمباشر، وأيا ما كان فهو مناقض لتعقبه قول الباجي باحتمال كون القتل من غير الكبير، وإذا ثبت لزوم إضافة القتل للكبير إما مستقلاً أو معينًا اتضحت تفرقة الباجي بما أشار إليه، وتقريره أن ضرب الصغير عمدًا مقتضٍ للقود ضرورة كونه عمدًا عدوانا، وامتنع فيه القود لقيام مانع، وهو عدم تكليف فاعله، وامتناع القود من بعض الضاربين لمانع لا يقدح في ثبوته على مشاركه السالم عن المانع كالكبيرين يعفى عن أحدهما، وضربه خطأ غير مقتضٍ للقصاص ضرورة لغو الخطأ في القود، وامتناع القود من بعض الضاربين لكون

ضربه خطأ امتناع لعدم قيام المقتضي فكان موجبًا لعدم ثبوته على مشاركه؛ لأن عدم الحكم لعدم قيام المقتضي أقوى في نفي الحكم من عدمه لمانع مع وجود المقتضي.

الصقلي عن مالك: لو قتل حر وعبد عبدًا عمدًا قتل العبد، وعلى الحر نصف قيمته، ولو قتلا حرًّا خطأ فعلى عاقلة الحر نصف الدية، والعبد مرتهن بنصف الدية.

قال مالك في العتبيَّة: ينجم ذلك عليه.

وروى ابن القاسم لو قتل أب ورجلان ابنه عمدًا قتلوا به، وإن كان بالرمي، والضرب لم يقتل الأب.

قال عبد الملك: وعليه ثلث الدية مغلظة، ويقتل الرجلان.

محمد: إن قتل رجل رجلان جرحه أحدهما عمدًا، والآخر خطأ أقسموا على من شاؤوا، وإن أقسموا على المتعمد قتلوه ،وعلى المخطئ دية الجناية.

محمد: إن عرفت جنايتها من جناية العمد.

أشهب: وإن أقسموا على المخطئ تكون الدية على عاقلته، واقتصوا من العامد جرحه إن كان يقتص منه، وإن كان لا يقتص منه أخذ منه أرشه.

وقال ابن القاسم: إن مات مكانه قتل المتعمد، وعلى المخطئ نصف الدية.

محمد: هذا إن لم يكن جرح الخطأ معروفًا بعينه.

ابن القاسم: إن عاش بعد ضربهم ففيه القسامة إن أقسموا على المتعمد قتلوه، ولا شيء على الآخر، وإن أقسموا على المخطئ فالدية بين العاقلة وبين المتعمد.

ابن حارث: في شركة الصغير والكبير يقتل الكبير، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية مطلقًا.

ابن القاسم: إلا أن يكون الصبي مخطئا فعلى الكبير نصف الدية، ولأحمد بن نصر عن ابن القاسم في الكبيرين أحدهما مخطئ يقسمون على أيهم شاؤوا، وقال عبد الملك في مشاركة الصبي والمخطئ والحر والعبد يقتلان عبدًا يقاد ممن يقاد لو انفرد منه، وقاله ابن القاسم في قتلهما ابن أحدهما.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن شرك عامدًا صبي أو والد أو مخطئ أو غرق أو

هدم قتل العامد إن مات قعصا، وإن عاش أقسموا على أيها شاؤوا، ولو ضربه أحدهما بعد الآخر، وعاش بعده، وإن قتله الثاني قعصا، وهو لا يقاد منه فعلى الأول القود، وقاله أَصْبَغ، وقيل في المخطئ والعامد يقسم عليهما، ويقتل العامد فقط، وقيل فيما شاركه الهدم أو الغرق يقسم على العامد، ويقتل، وقيل عليه نصف الدية.

قلتُ: ففي العامد بشركة صبي أو أب أو مخطئ أو من لا يقتص منه لحريته ستة.

أشهب: يقتل في الأولين.

ابن القاسم: في الثالث، وفي الأول نصف الدية، وله في الثالث يقسم على أيهما شاؤوا.

عبد الملك: يقتل في الجميع.

ابن القاسم: في ابن أحدهما فقط.

ابن الماجِشُون: يقتل مطلقًا إن مات قعصا، وإلا أقسموا على أحدهما، ولو قتله الثاني قعصا، وهو لا يقاد منه أقيد من الأول، وقيل في الثالث: يقسم عليهما، ويقتل العامد فقط.

قلتُ: قوله في قتله الثاني قعصا، وهو لا يقاد منه يقتل الأول مشكل.

وسمع يحيى ابن القاسم إن قامت بينة بأن رجلًا جرحه رجلان أحدهما عمدًا، والآخر خطأ فمات أقسموا على أحدهما إن أقسموا على العامد قتلوه، وعلى الآخر عقل جرحه، وإن أقسموا عليه فكل الدية على عاقلته، واقتصوا من جرح العامد، وكذا لو لم تقم بينة، وادعى الميت ذلك.

ابن رُشْد: قوله في قيام البينة صحيح على أصل ابن القاسم، وروايته فيمن تري في قطع يده فمات أن الأولياء مخيرون في قطع يده دون قسامة، وقتله بها، وعلى قول أشهب: لا يقتصون من قطع يده إلا باختياره؛ لأن الجناية عادت نفسا ما قاله في سماع أبي زيد إن قتلوا العامد فلا شيء على الآخر، وإن أخذوا الدية من العاقلة برئ الآخر وقوله: دعوى الميت كقيام البينة خلاف الأصول؛ لأن الجرح لا يستحق بقسامة عمدًا، ولا خطأ، وهو نص قولها، والصحيح استحقاق ما أقسموا عليه من عمد أو خطأ، ولا

شيء على الآخر، قاله محمد، وعاب سماع يحيى، وعابه أيضًا يحيى.

ولو شهد على الجرحين شاهد واحد خير الأولياء إن أقسموا على الخطأ استحقوا الدية على العاقلة، ولا شيء لهم في جرح العمد إذ لا يقتص باليمين مع الشاهد إلا المجروح لا ورثته، وإن أقسموا على العامد قتلوه، وحلفوا مع شاهدهم على جرح الخطأ، واستحقوا أرشه؛ لأنه مال.

ابن الحاجب في شريك المخطئ والصبي والمجنون نصف الدية، والقصاص بقسامة، وبغير قسامة إن كان قريبًا، وعلى الآخر نصف الدية، أما إذا علم قصد القتل بالمشاركة قصاص.

قلتُ: جميع ما تقدم من الأقوال مطلقة غير مقيدة بعدم قصد القتل.

وقال الصقلي في قولها: في قتل الرجل وصبي رجلًا عمدًا يقتل الرجل ما نصه: يريد: إذا تعمدًا جميعا قتله، وتعاقدا عليه، وتعاونا عليه كما لو لم يباشر قتله إلا الصبي والرجل معين له حتى لو كانا رجلين لقتلا معًا، فحينئذ يجب قتل الرجل، وإلا لم يقتل الرجل عند ابن القاسم كما لو كانت رمية الصبي خطأ، ويأتي للخمي نحوه، ولم يفرق ابن حارث بين معرفة عين ضربة المتعمد وجهلها، وهو ظاهر لفظ المدَوَّنة.

وقال اللخمي: إن افترق ضربهم، وعلمت ضربة كل واحد منهم، ولم يقصدوا التعاون فلهم أن يقسموا على بعض الضربات لمات منها، ويثبت القود أو الدية على العاقلة إلا أن يتعمدوا القسامة على ما هو من دون ما هو أخوف فلذي الضربة أن يمنعهم من ذلك وإن كان الضرب عمدًا، وقصدوا التعاون على قتله فلهم أن يقسموا لمات من كل الضرب، ويقتلوا جميعهم، وليس عليهم تعيين ضربة موته؛ لأن لهم قتل من لم يمت من ضربته لتمالئهم على قتله، وإن لم يقصدوا التعاون، وإحدى الضربات نافذة لا يعلم ضاربها، وقالوا: نشك في أيها قتله أو لا ندري ضربة هذا من ضربة هذا أقسموا لمات من ذلك الضرب، وفرقت الدية عليهم في أموالهم، وسقط القود، وكذا لو مات قعصا، ولم يعش، وقالوا: نشك في أي ضربة قتلته أو أنفذت إحداها مقاتله، ولا يدرون من ضربها أو كانت ضربة أحدهما خطأ، ومات قعصا لم يقتل ضارب العمد

بالشك، وعليه نصف الدية، ويختلف في ضارب الخطأ هل تغرم عاقلته نصف الدية أو لا؛ لأنه حمل بالشك لا مكان موته بالعمد، ولا تسقط نصف الدية عن المتعمد؛ لأن الظالم أحق أن يحمل عليه، ويختلف إن كانت الضربتان خطأ وجهل الأولياء أيتهما قتلته هل تفض الدية على عاقلتي الضاربين أو تسقط؛ لأنه حمل بالشك، ولمحمد: من أقر أنه قال: أميت المسلمين رمي فلان بسهمه، وفلان بسهمه فقتل أحد السهمين رجلًا لا يدرى راميه منهما أو رمى جماعة صيدًا، فقتل سهم منها رجلًا فهو كمن قتل رجلًا، ثم هرب فألقى نفسه في بئر فوجد فيها رجلان كل واحد منهما يقول لصاحبه: أنت طرحت نفسك علي، فقال أشهب: الدم هدر، وقول ابن القاسم في ظني أن الدية عليهما معًا، ولا أظن إلا أن ذلك في العمد، وتكون الدية في أموالهما، وأما الخطأ فهدر؛ لأن العاقلة لا تحمل إلا ما حق عليهما، وثبوت ذلك بالإقرار، وإلا بينة سواء.

ابن الحاجب: وأما شريك السبع وجارح نفسه والحربي والمريض بعد الجرح فالأولان.

قلتُ: تقدم لابن حارث في شريك الهدم قاتل العامد إن مات قعصا، وإن عاش أقسموا على أيهما شاءوا، والقول بالقسامة عليه مطلقًا، ويقتل والثالث عليه نصف الدية، ولا فرق بين الهدم والسبع، وما ذكر معه الصقلي لعيسى عن ابن القاسم من جرح، ثم ضربته دابة فمات وجهل من أيهما مات فنصف الدية على عاقلة الجارح قيل: بقسامة.

قال: وكيف يقسم على نصف الدية، وقال: لو جرح ثم سقط من جدار فانجرح فمات وجهل من أي ذلك مات فلهم أن يقسموا لمات من جرح الجارح كمرض المجروح بعد الجرح فيموت.

قال فيه مالك: لهم أن يقسموا لمات من ضربه في الخطأ والعمد.

محمد: ولو طرحه إنسان من فوق البيت بعد جرح الأول أقسموا على أيهما شاءوا، وقتلوه وضرب الآخر وسجن، فنقله ابن عبد السلام، وقال: فلعل المؤلف خرج القولين في شريك السبع، وما عطف عليه مما حكيناه.

قلتُ: ليس فيما تقدم تصريح بالقود في شركة غير الآدمي.

قال ابن رُشْد في سماع عيسى في مسألة الدابة معنى المسألة إن جرح الرجل، وضرب الدابة كانا معًا، ومات من حينه فحمل أمره على موته من الأمرين لاحتمال موته منهما احتمالًا واحدًا لا يمكن تغليب أحدهما على الآخر، ولابن القاسم في المجموعة أن فيه القسامة كمرض من جرح؛ يريد لهم أن يقسموا لمات من الجرح، ويستحقون الدية أجمع على العاقلة إن كان الجرح خطأ، والقود إن كان عمدًا، فإن لم يقسموا على هذا القول فلا شيء لهم.

قال: ومن شج موضحة فتراضى برؤه حتى سقط عليه جدار مات منه أو قتل أن له نصف عقل الموضحة، وذلك عندي؛ لأنه لا يدرى لعله مات من الموضحة.

قلتُ: في تعليله هذا نظر؛ لأن احتمال موته منها لا يوجب سقوط أرشها، وموته من غيرها كذلك، والصواب أن يقول: لاحتمال برئه منها لو لم يقتل فسقط أرشها على هذا التقدير، ويثبت على تقدير نقيضه شطر لذلك عقلها، ولو جرحه ثم ضربته دابة فلم يدر من أيهما مات ثبتت القسامة، والدية في الخطأ، والقود في العمد اتفاقًا؛ لأن الظاهر أنه مات من الأمر الآخر كما إذا جرح، ثم مرض فمات.

قلتُ: كذا وجدته في غير نسخة، وفيه تناقض ظاهر؛ لأنه إذا كان موته من الآخر فكيف يقسم على موته من الأول.

فهرس الموضوعات